Der Verkauf einer fremden Sache

nach römischem und gemeinem Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde von der

Juristischen Fakultät

der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Berlin

genehmigt und nebst den angehängten Thesen öffentlich zu verteidigen

am 23. Dezember 1895

von

Adolf Casper

Kammergerichts-Referendar.

Opponenten:

Dr. iur. Georg Siegmann, Kammergerichts-Referendar.
Hermann Fromm, Kammergerichts-Referendar.
Richard Frankfurter, Kammergerichts-Referendar.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535723_0147

Inhalt.

Einleitung. § 1. Entwickelung des Kaufes im römischen Rechte 7

A. Rechtliche Beziehungen des Eigentümers zu den Kontrahenten (§§ 2—4).

I. Sein Recht gegen den Käufer (§ 2) 8

II. Sein Recht gegen den Verkäufer (§§ 3, 4).

a. § 3. gegen den bösgläubigen Verkäufer . . 9

b. § 4. gegen den gutgläubigen Verkäufer . . 10

B Rechtliche Beziehungen der Kontrahenten zu einander (§§ 5—12).

I. Verpflichtungen des Verkäufers im allgemeinen (§ 5) 22

II. Haftung des Verkäufers einer fremden Sache in ihrer geschichtlichen Entwickelung (§§ 6—12)

a. § 6. aus der Mancipation 30

b. § 7. aus der satisdatio und repromissio sec. manc. 37

c. § 8. aus der stipulatio duplae . . . . . 39.

d. Einfluss der bona fides auf die Entwickelung der Haftung (§§ 9—10).

α. § 9. im allgemeinen 47

β. § 10. im speziellen 51

e. § 11. Umfang der Haftung aus der actio empti 55

f. § 12. Gründe der Nichthaftung 56

Einleitung.

§ 1.

Entwickelung des Kaufes im römischen Rechte.

Die emptio venditio des römischen Rechts ist eine scharf begrenzte Abart des Tausches, d. h. der freiwilligen Hingabe einer Sache für eine andere. Diese Hingabe wird zum Verkaufe, wenn die Gegenleistung in dem Objekte besteht, welches durch Gewohnheit, durch staatliche Anerkennung oder staatliche Festsetzung als allgemeines Aequivalent für jeglichen andern Gegenstand gilt, d. h. Geld ist.[1]) In dieser Gestalt hat der Kauf des römischen Rechts verschiedene Entwicklungsphasen durchgemacht. Den primitiven und einfachen Verkehrsverhältnissen entsprechend war der Kauf ursprünglich ein Natural- oder Realgeschäft: beide Leistungen fielen zeitlich und örtlich zusammen, und mit ihrem Austausch war zunächst das von den Parteien Gewollte herbeigeführt; es war ein endgiltiges Resultat geschaffen.[2]) Bald aber bringt es die Entwickelung des Verkehrs mit sich, dass anstatt der Geldleistung ein rechtlich bindendes Versprechen gegeben wird, wodurch der Verkäufer eine Forderung gegen den Käufer erhält. Noch immer besteht aber der Kauf in der beiderseitigen Leistung, mag nun eine Verabredung vorhergegangen sein oder nicht.

In der Regel wird schon in der ältesten Zeit naturgemäss vor dem eigentlichen Kaufe eine Besprechung über die spezifische Form des Geschäftes erfolgt sein, aber erst allmählich ist diese Verabredung ein wesentlicher, ja der wesentlichste Bestandteil des Kaufes geworden. Der Kaufkontrakt erhält rechtlich bindende Kraft; das Kaufgeschäft

[1]) fr. 1 pr. in f. de contr. empt. 18,1: materia electa est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa . . . .

[2]) Dernburg, Pandekten, 4. Auflage, II. S. 252 A 3, nennt dieses Geschäft „Handkauf".

wird zum Konsensualvertrag. Der Austausch der Leistungen ist nur eine thatsächliche Folge des Vertrages.

Es kann nun wohl kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass der Käufer beim Kauf einer Sache die Absicht hat, die gekaufte Sache in sein Eigentum zu bringen, es müsste denn etwas Anderes ausdrücklich vereinbart sein oder sich aus den vorliegenden Umständen klar ergeben.[1]) In der Regel wird auch der Erfolg der Absicht des Käufers entsprechen. Doch ist die Möglichkeit vorhanden, dass er eine dem Verkäufer nicht gehörende Sache kauft. In diesem Falle kann der Verkäufer den Käufer nicht zum Eigentümer machen; denn: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet.[2]) Der Käufer kann höchstens Ersitzungsbesitz erlangen, falls er in gutem Glauben ist.

A. Rechtliche Beziehungen des Eigentümers zu den Kontrahenten.

§ 2.

I. Sein Recht gegen den Käufer.

Die Rechte des Eigentümers können nach römischem Rechte durch Handlungen oder Verträge Dritter in keiner Weise geschmälert werden.[3]) Derselbe kann unter der Voraussetzung, dass er nicht vorher oder nachher seine Genehmigung giebt, sein Eigentumsrecht geltend machen, in welcher Hand sich auch die Sache befinden mag.

Zunächst hat der Eigentümer die rei vindicatio gegen den Käufer der Sache mit der Wirkung, dass dieser, wenn er besitzt oder dolo malo zu besitzen aufgehört hat, die Sache oder den Sachwert restituieren muss. Es spricht davon c. 1 de reb. al. 4,51: si praesidi provinciae probatum fuerit Julianum nullo jure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emptores servos jubebit. Quodsi ignoraverint et eorum facti sunt, pretium horum tibi solvere Julianum jubebit. Es zeigt diese Stelle, dass man einen Unterschied machen muss zwischen dem gut- und bösgläubigen Käufer: Ist der Käufer in mala fide, so kann sich der Eigentümer unbeschränkt

[1]) Z. B. kann der Eigentümer einer Sache den einem andern an derselben zustehenden Besitz kaufen. (fr 34 § 4 h. t. 18,1.)

[2]) fr 54 R. J. 50,17.

[3]) fr 27 § 4 in f. de pact. 2,14.

gegen ihn der rei vindicatio bedienen; ist er aber in bona fide, so kann der Eigentümer ihn nur vor Ablauf der Ersitzungszeit belangen; nachher ist durch die Ersitzung der durch den Kauf einer fremden Sache bestehende Rechtsmangel geheilt. Ist jedoch die Sache eine gestohlene, oder hat der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, so kann, da die Sache in beiden Fällen als furtiv gilt, auch der gutgläubige Erwerber dieselbe nicht ersitzen.

Der Vindicationsanspruch bleibt also in diesem Falle zeitlich unbeschränkt,[1]) man müsste denn etwa der Ansicht sein, dass die ausserordentliche Ersitzung trotz des Artikels 209 der P. G. O.[2]) auch bei gestohlenen Sachen Platz greife.[3])

Ist die Sache aber durch Ersitzung in das Eigentum des gutgläubigen Käufers übergegangen oder bei ihm untergegangen, so hat der Eigentümer nach den gewöhnlichen Grundsätzen des römischen Rechts gegen den gutgläubigen Besitzer keinen Anspruch mehr. Es fragt sich aber, ob er nicht seinen Verlust durch Inanspruchnahme des Verkäufers wett machen kann.

II. Sein Recht gegen den Verkäufer.

§ 3.

a. gegen den bösgläubigen Verkäufer.

Ohne Schwierigkeit löst sich die Frage für den Fall, wo der Verkäufer bösgläubiger Besitzer war. Als solcher wird aber immer der wissentliche Verkäufer einer fremden Sache behandelt. Denn wie aus fr. 20 § 6 c de her. pet. 5,3[4]) hervorgeht, liegt ein dolo desinere possidere nicht nur vor,

---

[1]) § 3 J. de usuc. 2,6: quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit, sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, usucapiendi jus habeat. unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. nam qui alienam rem vendidit, furtum eius committit.

[2]) und kann an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Geweer ersessen werden.

[3]) cf. Dernburg, a. a. O. I S. 526.

[4]) item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent.

wenn der unredliche Besitzer sich des Besitzes in der Absicht entäussert, um sich dadurch dem Eigentumsanspruch zu entziehen, sondern überhaupt, wenn der Besitzer in dem Bewusstsein, dass die Sache ihm nicht gehöre, sich des Besitzes mit seinem Willen entäussert.[1]) Es kann der Veräusserer, wenn er dolo desiit possidere, mit der rei vindicatio belangt werden und zwar auf Erstattung des vollen Interesses in der Höhe, wie der Eigentümer dasselbe durch iusiurandum in litem einseitig feststellt.[2]) Und diese Klage ist sogar davon unabhängig, ob die veräusserte Sache dem Käufer abgefordert werden kann oder nicht, es müsste denn etwa der Besitzer vor Anstellung der Klage gegen den Veräusserer sie freiwillig herausgeben.[3]) Nicht ist der Eigentümer verpflichtet, dem bösgläubigen Veräusserer, der die litis aestimatio bezahlt hat, seine Klage gegen den wirklichen Besitzer zu cediren.[4]) Ausser mit der rei vindicatio kann das Interesse gegen den bösgläubigen Veräusserer als dolo desinere possidens auch mit der actio ad exhibendum geltend gemacht werden[5]), und wenn die Sache gestohlen ist, gegen den Dieb, der sie veräussert, mit der condictio furtiva.[6])

§ 4

b gegen den gutgläubigen Verkäufer.

Hat dagegen der Verkäufer der fremden Sache in gutem Glauben gehandelt, so hat der Eigentümer gegen ihn keinen Anspruch, so lange er noch die Möglichkeit hat, die Restitution des veräusserten Objekts selbst mit der rei vindicatio zu erlangen. Ist jedoch eine Entwehrung ausgeschlossen, indem entweder die Sache bei dem gutgläubigen Käufer untergegangen oder von ihm ersessen worden ist, so fragt es sich, ob sich der Eigentümer an den Verkäufer halten kann, obwohl dieser gutgläubiger Besitzer der Sache war. Es finden sich nun in den Quellen einige Beispiele, in welchen dem früheren

[1]) Bekker, Jahrb. d. gem. R. Bd. 4 S. 192, 193, Pernice, Labeo II, S. 394, S. A. XV, 202, N. F. III, 358.

[2]) fr 68 de rei vind. 6,1.

[3]) fr 7 de rei vind. 6,1, fr 95 § 9 de sol. 46,3, fr 13 § 14 de her. pet 5,3.

[4]) fr 69 de rei vind. 6,1.

[5]) fr 9 §§ 1, 3 ad exhib. 10,4.

[6]) fr 7 § 1 de cond. furt. 13,1.

Eigentümer der Sache ein Anspruch gegen den gutgläubigen Verkäufer gegeben wird.[1]) Viel umstritten ist es aber, ob dieser Anspruch ein allgemeiner sei oder nur unter bestimmten Voraussetzungen geltend gemacht werden könne, und ferner gehen auch die Meinungen darüber auseinander, ob der Fall der Ersitzung dem des Untergangs der Sache völlig gleichzustellen sein.

In der ersten Frage stehen sich zwei der bedeutendsten Juristen der Neuzeit, Windscheid und Ihering, schroff gegenüber. Mehrfach haben sie in ihren Werken ihren Standpunkt verteidigt. Beide haben diesen Gegenstand einer ausführlichen Betrachtung in besonderen Abhandlungen unterworfen: Windscheid in seiner Festschrift: „Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung", Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 16: „Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben?" Windscheid steht auf dem Standpunkte, dass die Klage gegen den gutgläubigen Veräusserer schlechthin gegeben sei. Ihering gewährt die Klage nur, wenn der ehemalige Besitzer auf Grund eines putativen Titels besessen habe.

Bevor wir jedoch an die Erörterung dieser Streitfrage gehen, wollen wir untersuchen, welche Klage denn überhaupt dem Eigentümer gegen den gutgläubigen Verkäufer zustehe. Auch hier stehen sich schon seit der Glossatorenzeit zwei Ansichten gegenüber: nach der einen, die sich auf fr 48 de neg. gest. 3,5 und c 3 de rei vind. 3,32 stützt, hat der Eigentümer die actio negot. gest. directa auf Herausgabe des erlangten Preises, nach der andern auf Grund von fr 23 de reb cred. 12, 1 eine condictio auf die Summe, um die der Verkäufer reicher geworden ist, und zwar eine condictio sine causa, weil der veräussernde Besitzer einer fremden Sache sich ohne rechtfertigenden Grund aus fremdem Vermögen bereichert habe.[2])

Erwägt man nun, dass derselbe Jurist, nämlich African, von dem beide Digestenstellen herrühren, in der einen eine condictio für zulässig erklärt, in der andern die actio neg.

[1]) fr 48 de neg. gest. 3,5; fr 23 de reb. cred. 12,1; c 3 de rei vind 3,32; c 1 de reb. al. 4,51; c 1 de com. rer. 4,52.

[2]) cf. Ihering, Abhandlg. S. 84. 85.

gest., so wird man sich wohl auf den Standpunkt stellen können, dass das römische Recht ursprünglich dem Eigentümer nach Untergang der Sache keinen Anspruch gegen den gutgläubigen Verkäufer gegeben habe, dass aber dann, als Billigkeitsrücksichten einen solchen verlangten, die Juristen auf verschiedene Weise dem Eigentümer zu helfen versuchten, ohne mit verschiedener Benennung der Klage den Umfang des Anspruchs zu verändern. Beide Klagen, die condictio sine causa und die actio neg. gest., gehen auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung.[1])

Unter welchen Bedingungen aber ist diese Bereicherungsklage, wie wir sie nennen können, dem Eigentümer gegen den gutgläubigen Besitzer gegeben? Soviel scheint festzustehen und wird auch von Windscheid und Ihering anerkannt: in den Quellen findet sich keine Stelle, aus der ein Anspruch auf Herausgabe der gewonnenen Bereicherung auch gegen den titulierten redlichen Besitzer zu entnehmen ist. Die obigen Stellen[2]) sprechen entweder deutlich von einem untitulierten Besitzer, oder aber sie lassen nicht erkennen, ob sich ihre Entscheidung auf jeden redlichen Besitzer beziehe. Umgekehrt ist aber auch kein Zweifel, dass sich keine Stelle findet, welche im Prinzip den Satz ausspricht, dass die Klage nicht gegen den titulierten redlichen Besitzer gehe. In einem solchen Falle muss man m. E. auf die Grundprinzipien des betreffenden Rechts zurückgehen, um sich für die eine oder die andre Ansicht zu entscheiden. — Mit Recht betont Pernice im andern Zusammenhange:[3]) „es handelt sich hier um Konflikte, in welchen einer von zweien notwendig geschädigt werden muss; man kann nicht die bona fides des einen als massgebend für Rechtserwerb und Rechtssicherheit betonen, ohne den Verlierenden zu benachtheiligen; die Frage ist also, wer von beiden den Schaden tragen soll; unleugbar hat hier die Rechtsordnung freie Hand; mit der reinen Logik ist hier nicht durchzukommen. Unser modernes Rechtsgefühl nimmt entschieden z. B. bei der Vindication von Mobilien für den in bona fide befindlichen

[1]) cf. Dernburg, a. a. O. II S. 336 u. A. 4. Windscheid, a. a. O. II S. 543 A. 1, S 575 A. 18. Zimmermann, echte u. unechte neg. gest. S. 45. R. G. E. i. Civils. XIII, S. 184, 185.

[2]) v. S. 11.

[3]) Ztschr. f. H. R. Bd. 25 S. 102.

Besitzer gegen den Eigentümer Partei.“ In dem letzten Satze liegt m. E. der springende Punkt, von dem aus auch unsere Frage zu entscheiden ist. Pernice hat darin einen Gegensatz, der zwischen der römischen und der moderren Auffassung besteht, angedeutet. Die Würdigung dieses Gegensatzes verbunden mit einer Rücksichtnahme auf die jedes entwickelte Rechtssystem durchziehende Aequität wird uns den richtigen Weg weisen. Wir haben es hier mit einem durchgreifenden Unterschiede zweier Rechtsauffassungen zu thun. Unsere moderne Rechtsanschauung, welche deutschrechtlichen Ursprungs ist, lässt oft das Eigentumsrecht zu Gunsten des gutgläubigen Besitzers zurücktreten, mag auch damit dem Eigentümer ein Verlust zugefügt werden. Aus dieser Auffassung erklären sich die Bestimmungen der Artikel 306 und 307 des H. G. B. und die der Paragraphen 877 des Entwurfes erster, 846 Abs. 2 zweiter Lesung; danach kann der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache unter gewissen Voraussetzungen Eigentum an derselben gewinnen, obwohl sein Rechtsvorgänger nicht Eigentümer gewesen ist. Nach der römischen Auffassung tritt aber der Schutz des Eigentums in den Vordergrund, und wir werden uns daher in Ermangelung spezieller Beweisgründe für eine der beiden Ansichten der dem römischen Rechte entsprechenden, d. h. der Windscheid'schen anschliessen, und dies um so mehr, als es nicht der Billigkeit entspricht, dass der Veräusserer aus einer Handlung, die objektiv betrachtet eine Widerrechtlichkeit enthält, einen Gewinn macht, während der Eigentümer, dessen früheres Recht an der Sache, so lange sie existierte, jedes andere Recht überwunden hätte, einen Verlust erleiden soll. Es handelt sich also gewissermassen bei dem Veräusserer, wenn er die Bereicherung herausgiebt, nur um ein lucrum cessans, bei dem Eigentümer aber, der ohne Entschädigung bleibt, um ein damnum emergens.

Es kann indess der Einwand erhoben werden, dass von einem Schutze des Eigentums nicht die Rede sein darf in einem Augenblicke, wo ein Eigentumsobjekt garnicht mehr vorhanden ist, und in diesem Sinne wird auch gegen die Windscheid'sche Ansicht die Behandlung der Früchte im römischen Rechte bei der rei vindicatio gegen den gut-

gläubigen Besitzer geltend gemacht.[1]) Aber gerade hier können wir m. E. einen Stützpunkt für die Windscheid'sche Theorie finden. Zwar braucht der bonae fidei possessor die consumierten Früchte nicht herauszugeben, allein dies beruht darauf, dass durch das Verzehren von Früchten eine offensichtliche, in Geld abschätzbare Bereicherung des Verzehrenden nicht hervorgebracht wird, übrigens in der Regel ein Fruchtbezug mit Aufwendungen verbunden sein wird. Erhebt aber der redliche Besitzer seinerseits einen Anspruch wegen gemachter Impensen, so muss er sich auch die verzehrten Früchte anrechnen lassen.[2]) Und gerade aus dieser Einschränkung erhellt, dass das römische Recht den Schutz des Eigentums möglichst ausdehnt, soweit nicht das Vermögen des gutgläubigen Besitzers einen unmittelbaren Schaden erleidet, und dass dieser Schutz keineswegs versagt wird, wenn der ursprüngliche Gegenstand des Anspruchs nicht mehr vorhanden ist. Wie sollte also dasselbe Recht dem Eigentümer einen Schaden auferlegen, nur um den gutgläubigen Veräusserer, weil er titulierter Besitzer war, einen Gewinn einheimsen zu lassen?

Doch wendet man ein, der Verkäufer hat ja durch den Untergang der Sache gar keinen Gewinn gemacht oder wenigstens keinen aus dem Vermögen des Eigentümers und vor allem keinen ohne rechtfertigenden Grund, da ja sein Erwerbstitel als Rechtfertigung genügt.[3]) Tritt nun durch den Untergang der Sache ein Verlust des Eigentümers ein, so kann dafür nicht der gutgläubige Verkäufer verantwortlich gemacht werden. Hierbei verkennt man aber, dass im Erfolg dieselbe Thatsache, nämlich der Untergang der Sache, welche auf der einen Seite den Verlust herbeiführt, das Vermögen auf der andern Seite vermehrt, da sie ja die Gefahr beseitigt, einer durch eine andere Thatsache, nämlich den Verkauf der Sache, erlangten Mehrung verlustig zu gehen. So tritt die Mehrung des Vermögens in Wirklichkeit nicht, wie Ihering meint,[4]) propter negotiationem ein, — denn mit dem Verkaufe der Sache ist der Verkäufer ja noch dem Eviktionsanspruche

[1]) Ihering, Jhrb. Bd. 16 S. 256.

[2]) fr 48 de rei vind. 6,1.

[3]) Ihering, a. a. O. S. 280 fg, Witte, Bereicherungsklagen S. 325, Zimmermann, a a. O. S 46.

[4]) a. a. O. S. 231, 285.

ausgesetzt, — sondern erst mit dem Untergange der Sache; und diese Mehrung ist, da sie ohne sein Zuthun auf Kosten des Eigentümers der Sache eingetreten ist, eine ungerechtfertigte.

Von demselben Standpunkte ausgehend, dass durch den Untergang der Sache der gutgläubige titulirte Verkäufer der Sache keinen Gewinn erfahre, glaubt Ihering seine Theorie innerlich damit rechtfertigen zu können, dass er die Zulässigkeit der condictio sine causa mit einem etwaigen Regressanspruche des gutgläubigen Verkäufers gegen seinen Vormann im Falle der Eviktion in Verbindung bringt.[1])

Er argumentiert folgendermassen: Der titulierte redliche Besitzer, der nach erfolgter Eviktion der Sache einen Regressanspruch gegen seinen Auctor gehabt hätte, würde jetzt, wo der erlangte Kaufpreis ihm mit der condictio sine causa genommen wird, keinen Regress gegen seinen Vormann haben und dadurch Schaden erleiden; nicht würde ein Schade bei dem untituliertеn Verkäufer eintreten, da dieser auch bei Eviktion der Sache keinen Regress nehmen könnte, die condictio sine causa würde ihm also lediglich einen Gewinn entziehen, der ihm in keiner Weise gebührte.

Diese Verbindung des Anspruchs des Eigentümers nach Wegfall der Vindication mit dem etwaigen Regressanspruch des gutgläubigen Verkäufers im Falle der Eviktion der Sache hat Eisele zum Ausgangspunkte genommen, um eine neue Theorie bezüglich der Zulässigkeit der condictio sine causa zu begründen.[2])

Indem er zunächst gegen Ihering einwendet, dass die Möglichkeit des Regresses gegen den Vormann bei dem lukrativen Besitzer mit Titel ebenso wegfällt, wie bei dem untituliertеn,[3]) geht er auf den Nachweis über, dass die condictio sine causa im klassischen Rechte in vollständiger Abhängigkeit von der Regressfrage stehe, und kommt nach längeren Ausführungen zu dem Schlusse, dass dem Eigentümer die Klage gegen jeden gutgläubigen Verkäufer zustehe, der die Sache unentgeltlich erhalten hat, gleichviel ob mit oder ohne Titel, und ferner gegen den, der die Sache gegen Entgelt

[1]) a. a. O. S. 312.

[2]) Archiv f. ziv. Pr. Bd. 66 S 1 fg.

[3]) a. a. O. S. 11.

erworben hat, wenn demselben kein ein Regressrecht begründender Titel zur Seite steht, gleichviel übrigens, ob er einen Pukativ- oder gar keinen Titel hat.

Abgesehen davon, dass diese enge Verbindung zweier von einander ganz unabhängiger Fragen in den Quellen keinen Halt findet, zeigt sich die geringe praktische Handlichkeit dieser Theorie vor allem darin, dass es unter Umständen von willkürlichen früheren Vereinbarungen zweier Kontrahenten über die Sache abhängt, gegen wen der ehemalige Eigentümer die ihm aus Billigkeitsrücksichten gewährte condictio anstellen kann: ein pactum de non praestanda evictione kann ihm diese Klage verschaffen gegen einen Verkäufer der Sache, der in der Regel regressberechtigt ist, ein pactum de praestanda evictione kann ihm die Klage nehmen gegen einen, der in der Regel keinen Regress gegen seinen Vormann hat.[1])

Der Haupteinwand gegen die Theorie Windscheids, nach welcher der titulierte gutgläubige Verkäufer der fremden Sache ebenso behandelt wird, wie der untitulierte, richtet sich jedoch gegen die von ihm gezogene Konsequenz, nach welcher der gutgläubige Verkäufer in jedem Falle den erlangten Kaufpreis ganz herausgeben muss, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst für den Erwerb der Sache Opfer gebracht hat. Und gerade diese Konsequenz ist es, welche den Gegnern der Theorie die meisten Angriffspunkte bietet, um mit gewichtigen Gründen die ganze Theorie zu bekämpfen.[2])

In der That sprechen dieselben Billigkeitsrücksichten, welche uns dahin geführt haben, dem früheren Eigentümer auch gegen den titulierten redlichen Verkäufer die Bereicherungsklage zu geben, dafür, die von Windscheid gezogene Konsequenz abzulehnen.

In der Regel wird nämlich der redliche Verkäufer, welcher selbst die Sache auf Grund eines Titels erlangt hat, seinerseits dafür eine Aufopferung gemacht haben, so dass

---

[1]) Eisele, a. a. O. S. 18.

[2]) cf. Ihering, a. a. O. S. 283: „Würde der Kaufpreis, den er (der gutgl. Besitzer) erhält, eine Bereicherung aus der Sache enthalten, so würde auch der Kaufpreis, den er gegeben hat, eine Verwendung auf die Sache in sich schliessen und als solche vom Beklagten in Anrechnung gebracht werden können." — Zimmermann, a. a. O. S. 46 A. 67 sieht allein in dieser Konsequenz der Windsch. Theorie eine „Härte."

sich sein Vermögen in Wirklichkeit nicht um den für die Sache erhaltenen Preis vermehrt hat. Wie nun die strenge Logik, die Pernice mit Recht für derartige Fragen zurückweist, auf Grund dieser Erwägung dahin geführt hat, den titulierten redlichen Besitzer von jeder Verantwortlichkeit zu befreien, weil man sein Interesse für ausschlaggebend hält, so verlangt Windscheid mit derselben logischen Konsequenz von seinem Standpunkte des Eigentümerschutzes aus, dass der redliche Käufer einer fremden Sache, wenn er dieselbe wieder verkauft, und sie bei dem Käufer untergeht, ohne weiteres den erhaltenen Kaufpreis voll herausgeben muss.[1]) Andere Schriftsteller dagegen sind namentlich aus Billigkeitsgründen der Ansicht, dass der Beklagte abziehen dürfe, was er selbst für die Sache gegeben hat, d. h. er habe nur den Überschuss des erhaltenen über den von ihm gezahlten Kaufpreis herauszugeben.[2])

Die Richtigkeit dieser letzteren Ansicht kann schon aus dem Umstande gefolgert werden, dass die Quellen dem früheren Eigentümer auch die actio neg. gest. gegen den gutgläubigen Verkäufer geben. Wird dieser einmal als negotiorum gestor behandelt, so darf er als solcher nicht nur in seiner Eigenschaft als Veräusserer betrachtet werden, sondern es muss ihm diese Stellung auch für den Erwerb der Sache eingeräumt werden; als negotiorum gestor hat er aber das Recht, alles das zu beanspruchen, quidquid eo nomine vel abest vel afuturum est[3]) In diesem Punkte kann man der Theorie Windscheids mit Recht den Vorwurf machen, dass sie nicht den Satz Zimmermanns,[4]) den Windscheid[5]) selbst als richtig anerkennt, berücksichtige, dass bei der Entscheidung darüber „ob eine Bereicherung als gänzlich ungerechtfertigt erscheine, (m. E. richtiger: ob überhaupt eine Bereicherung vorliege) nicht ein einzelner Akt oder ein

---

[1]) Windsch., a. a. O. S. 37 fg., Göppert, organ. Erzeugnisse S. 357. A. 31.

[2]) Cujacius, ad African. tract. II und tract. (VIII. Dernburg, a. a. O. I S. 535 A. 25, Krüger, Arch. f. z. Pr. Bd. 53 S. 389, Monroy, vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 105.

[3]) fr 2 neg. gest. 3,5.

[4]) a. a. O. S. 46.

[5]) a. a. O. S. 38.

einzelner sonstiger rechtlicher Vorgang herausgerissen und die dadurch bewirkte Veränderung der Sachlage ins Auge gefasst werden dürfe, es sei vielmehr die Totalität der vorliegenden Umstände in Betracht zu ziehen und danach zu bemessen, ob eine Bereicherung vorliege" (oder unserer Auffassung entsprechend: wie weit die Bereicherung gehe.) Treffend bemerkt Eisele[1]) gegen Windscheid: „Windscheids Bereicherungsklage verdient diesen Namen in einem ganz andern Sinne: sie bereichert den Kläger auf Kosten des beklagten Verkäufers."

Doch macht Windscheid, der einen derartigen Einwand wohl erwartet hat, für seinen Standpunkt geltend, dass der Besitzer der fremden Sache vor dem Verkauf der rei vindicatio ausgesetzt sei, ohne irgendwie einen Anspruch darauf zu haben, den etwa gegebenen Kaufpreis abzuziehen; er habe nur einen Regress gegen seinen Vormann. Der Verkauf der Sache verändere seine Lage nur insoweit, als er jetzt Eigentümer des Kaufpreises werde, und um diesen Kaufpreis werde er bereichert. Diese Bereicherung müsse er herausgeben, er erlange aber dadurch einen Regressanspruch gegen seinen Vormann wegen der Eviktion des Kaufpreises und habe so die Stellung, die er gehabt hätte, wenn gegen ihn als Besitzer die rei vindicatio angestellt worden wäre.[2]) Gerade dieser letzte Punkt aber, der die Stütze des künstlich errichteten Gebäudes bildet, muss angefochten werden

Windscheid will dem Beklagten die actio empti gegen seinen Vormann geben. Es wird sich nun später bei der ausführlichen Erörterung der Regressfrage zeigen, dass das römische Recht auch für die actio empti als Regressklage dem Prinzipe treu geblieben ist, dass der Verkäufer nur für habere licere einzustehen habe d. h. dafür, dass der Käufer die Sache auf Grund des Kaufes behalten könne. Die Stellen, welche Windscheid für eine weitere Ausdehnung der actio empti mit Rücksicht auf die Regressfrage anführt,[3]) lassen sich alle einer freieren Auslegung des Prinzips des habere licere unterordnen. Zeigt doch vor allem die von ihm angeführte Stelle des African fr. 24 de evict. 21, 2, dass der

[1]) a. a. O. S. 9.

[2]) Windscheid, a. a. O. S. 38.

[3]) a. a. O. S. 39. Band II S. 537 A. 81 in Verbindung mit S. 417 A. Sc. u. Sd.

Unterschied der Klage aus der stipulatio duplae von der actio empti darin liege, dass die erstere ein habere non licere auf Grund einer gerichtlichen Eviktion erfordere, während bei der letzteren jede Verletzung des habere licere genügt. Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt Windscheids stellt, dass die actio empti überall Platz greife, „wo dem Käufer etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache verschafft worden wäre, so wäre er selbst damit noch nicht des Beweises darüber enthoben, dass der Regressanspruch auch noch nach Untergang der Sache bestehe. Lassen doch die Quellen im Gegenteil kaum einen Zweifel darüber, dass der Käufer beim Untergange der Sache jeden Regressanspruch verliere.

Ulpian spricht zwar in fr. 21 pr. de evict. nur davon, dass nach dem Untergang der Sache aus der stipulatio duplae nicht geklagt werden könne, und man könnte zunächst daraus schliessen, dass er die actio empti für zulässig hält. Doch steht diesem Schlusse der Umstand entgegen, dass er überhaupt nur im Falle des dolus eine Klage giebt und zwar die actio doli. Da diese aber nur eine subsidiäre Klage ist[1]), so ist daraus zu entnehmen, dass für eine andere Klage kein Platz ist, dass also auch die actio empti nach Untergang der Sache als Regressklage ausgeschlossen ist.[2]) Deutlich spricht es ausserdem c 26 de evict. 8, 44 aus, dass es nach Untergang der Sache keine Klage wegen Eviktion giebt, indem es dort heisst: siquis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemptus est, cum evictionis periculum finitum est, a te conveniri non potest. Der Regressanspruch wegen Eviktion geht aber unter, sobald die Eviktion selbst unmöglich wird.

Nach der Windscheid'schen Auffassung kämen wir nun zu folgendem Resultate:

Wäre die Sache beim ersten Käufer untergegangen, so hätte er keinen Anspruch gegen seinen Auctor; jetzt aber, wo die Sache in der Hand seines Singularsuccessors untergegangen ist, soll sein Garantieanspruch fortbestehen. — Nicht darf eingewendet werden, dass wir ja in derselben Weise

[1]) fr. 1 § 7 de dol. mal. 4, 3.

[2]) cf. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 1 S. 150 151 A. 9.

einen Anspruch des früheren Eigentümers konstruieren. Das Eigentümerrecht ist eben so stark, dass es sich geltend macht, so lange die Sache irgendwo als solche oder in ihrem Aequivalent vorhanden ist.

Müssen wir also einen Regressanspruch des ersten Käufers gegen seinen Vormann nach Untergang der Sache ablehnen, so führt die Windscheid'sche Ansicht zu einem Verluste des ehemaligen Besitzers trotz seines guten Glaubens, ja selbst trotz Titels, um dem Eigentümer sein Recht zu verschaffen. Vielleicht müsste man auch annehmen, dass das römische Recht in seinem weitgehenden Schutze des Eigentums diesen Weg eingeschlagen habe, wenn nicht der frühere Eigentümer der Sache die Möglichkeit hätte, seinen Schaden in andrer Weise auszugleichen. Hat nämlich der Eigentümer gegen den gutgläubigen Verkäufer die Bereicherungsklage angestellt und ist nicht vollständig befriedigt worden, weil dieser die Sache in gutem Glauben gekauft hat, so steht dem Eigentümer nichts entgegen, sein Recht gegen dessen Vormann auf Herausgabe des von seinem Käufer erhaltenen Kaufpreises geltend zu machen. Bei dieser Gestaltung des Anspruchs werden wir sowohl dem Eigentümer, als auch dem gutgläubigen Verkäufer gerecht, indem beide keinen Schaden erleiden. Windscheid dagegen befriedigt den Eigentümer auf Kosten des gutgläubigen Verkäufers, Ihering anderseits will dem titulierten gutgläubigen Verkäufer sogar einen objektiv widerrechtlichen Vorteil auf Kosten des früheren Eigentümers verschaffen.

Einer kurzen Erörterung bedarf noch die Frage, ob es dem Falle des Untergangs der Sache gleich zu achten ist, wenn der Singularsuccessor des gutgläubigen Verkäufers die Sache ersessen hat.

Von den meisten Schriftstellern werden dieselben Grundsätze ohne weiteres angewandt. Nur Krüger hat in seiner Abhandlung,[1]) die besonders der Beantwortung dieser Frage gewidmet ist, auf den Unterschied hingewiesen, der zwischen der Ersitzung und dem Untergange der Sache besteht. — In der That werden Billigkeitsrücksichten dahin führen, das gewonnene Ergebnis im Falle der Ersitzung durch den Käufer

[1]) Arch. f. z. Pr. Bd. 63 S. 379—389.

zu modifizieren, aber nur dann, wenn der Verkäufer selbst Ersitzungsbesitz gehabt hat.

Hätte er die Sache nicht verkauft und seinerseits sie ersessen, so wäre sein Vermögen um diese Sache bereichert. Warum sollte er jetzt, wo sein Nachfolger usucapiert hat, den Preis wieder herausgeben und so um seine Bereicherung kommen? Warum sollte der Eigentümer, der während der Usucapionszeit seinen Anspruch nicht geltend gemacht hat, daraus Vorteil ziehen, dass der gutgläubige Besitzer nicht selbst die Sache ersessen hat? Bei der Usucapion der Sache kommt es also auch nicht darauf an, ob der gutgläubige Verkäufer Besitzer mit wahrem oder Putativtitel gewesen ist, sondern nur darauf, ob er Usucapionsbesitz gehabt hat; dieser kann aber sowohl bei wahrem als auch bei putativem Titel vorhanden sein. Der gutgläubige Verkäufer, der Ersitzungsbesitz gehabt hat, kann, wenn sein Käufer die Sache ersessen hat, nicht vom Eigentümer mit der Bereicherungsklage belangt werden.

Fassen wir das Ergebnis unserer Erörterung bezüglich des Anspruchs des Eigentümers gegen den gutgläubigen Verkäufer seiner Sache kurz zusammen, so können wir drei Sätze aufstellen:

1. Ist die verkaufte Sache bei dem gutgläubigen Käufer untergegangen, so steht dem Eigentümer gegen den Verkäufer ein Anspruch zu auf Herausgabe der von ihm aus der Sache gewonnenen Bereicherung ohne Unterschied, ob er gutgläubiger Besitzer mit einem wahren oder putativen Titel war.

2. Der Anspruch des Eigentümers geht nur auf die wirkliche Bereicherung des gutgläubtgen Verkäufers seiner Sache, also auf den von ihm gewonnenen Preis, wenn er die Sache lucrativ erworben hat; hat er aber selbst für die Erlangung der Sache eine Aufopferung gemacht, so kann er diese von dem Kaufpreis in Abzug bringen.

3. Ist die Sache von dem Käufer ersessen worden, so finden im allgemeinen die obigen Sätze ebenfalls Anwendung; hat aber der Verkäufer selbst Ersitzungsbesitz gehabt, so cessiert der Anspruch des Eigentümers vollständig und zwar ohne Unterschied, ob der Verkäufer auf Grund eines titulus verus oder titulus putativus besessen hat.

B. Rechtliche Beziehungen der Contrahenten zu einander.

§ 5.

I. Verpflichtungen des Verkäufers im allgemeinen.

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio. Dieser Satz des Ulpian (fr. 28 de contr. empt. 18,1) spricht den einfachen Gedanken aus: eine fremde Sache kann Gegenstand des Kaufes sein, und er führt zu der Frage, welchen Grundsätzen der römische Kauf unterworfen ist oder präziser, welche Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage für den Verkäufer entspringen.

Lange Zeit war die Ansicht herrschend, dass der Verkäufer nach römischem Rechte nicht verpflichtet sei, dem Käufer ein Recht zu übertragen, sondern nur, ihm eine Summe faktischer Vorteile zu übergeben,[1]) oder, wie der neueste Vertreter dieser Ansicht, Bernhöft, sich ausdrückt:[2]) Der Verkäufer sei nicht verpflichtet, Eigentum zu übertragen, sondern er muss nur dafür einstehen, dass der Käufer unentziehbaren Besitz hat, und er haftet dem Käufer, wenn dies nicht der Fall ist, für alle infolge dessen entgangenen Vorteile, soweit sie der Käufer mit Recht aus dem Kaufe erwarten kann.

Nachdem Eck[3]) gegenüber dieser Ansicht auf Quellenstellen hingewiesen hat, welche klar von einer Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung sprechen, haben sich fast alle neueren Schriftsteller ihm angeschlossen. Doch wenn Eck für die Richtigkeit seiner Theore geltend macht, dass das römische Recht in seiner allmählichen Entwickelung für gewisse Fälle ganz entschieden zu einer Haftung des Verkäufers auf Gewährung des Eigentums gelangt sei, so lässt sich m. E. dieser Beweis aus den Quellen nicht erbringen.

Da Eck am Schlusse seiner Betrachtung erklärt,[4]) dass wir im Sinne der Römer handelten, wenn wir die von ihnen begonnene Entwickelung fortführten, so sollte man annehmen, er würde für das gemeine Recht fordern, den Verkäufer in

[1]) cf. Bekker, Jhrb. d. gem. Rechts, Bd. 6 S. 284.

[2]) Iherings Jahrb., Bd. 14 S. 180.

[3]) Die Verpflichtung des Verk. zur Gewährung des Eigentums, S. 25 fg.

[4]) a. a. O. S. 42.

jedem Falle für Gewährung des Eigentums haften zu lassen, d. h. es müsste die blosse nachträglich eintretende Gewissheit, dass die Sache eine fremde sei, genügen, um dem Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer zu gewähren. Doch Eck zieht diese Folgerung keineswegs. Vielmehr kommt er von seinem ganz entgegengesetzten Standpunkte aus in Bezug auf die Haftung zu einem Resultate, das nicht allzuweit von dem Bernhöfts abweicht. Beide verlangen für die Geltendmachung eines Anspruches, dass das Interesse des Käufers verletzt sei. Nur die Ursache dieser Interessenverletzung ist bei beiden verschieden; nach Bernhoft Nichtverschaffung unentziehbaren Besitzes, nach Eck Nichtverschaffung des Eigentums. Und selbst dieses Resultat wird Eck kaum aufrecht erhalten können in den Fällen, wo die Konsequenzen seiner Annahme, dass der Verkäufer für Gewährung des Eigentums hafte, klar hervortreten. Ist das Interesse des Käufers doch auch schon verletzt, wenn er auch nur erfährt, dass die Sache eine fremde ist, da ihm ja nach gemeinem Rechte, wo der Grundsatz gilt: mala fides superveniens nocet, dadurch schon die Ersitzungsmöglichkeit entzogen wird. Und ebenso wird wohl Eck, wie Hoffmann in der Rezension zu der Eck'schen Schrift richtig hervorhebt, einen Regressanspruch kaum zugestehen, wenn der Eigentümer den Käufer von seinem Eigentum überzeugt, und dieser ihm die Sache sofort herausgiebt.[1])

Die beiden entgegenstehenden Ansichten gehen von der gleichen Auffassung aus, dass der Kauf im römischen Recht einheitlich gestaltet sei, dass die ursprüngliche Leistungspflicht schon die Garantiepflicht enthalte oder, was dasselbe ist, dass die letztere aus der ersteren entspringe.

Während nun die Anhänger der einen Meinung die Garantiepflicht in den Vordergrund stellen, und aus deren quellenmässigem Inhalt zu dem Schlusse kommen, dass nur das faktische Haben zu übertragen sei, so geht m. E. Eck umgekehrt zu Werke, wenn er aus der Pflicht des Verkäufers Eigentum zu übertragen, den Schluss zieht, dass er auch für Gewährung des Eigentums haften müsse.

---

[1]) Ztschr f. Pr. u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 2 S. 488; cf. auch Hartmann, die Obligation, S 201 A. 6.

Soweit ich die Litteratur übersehe, haben in neuerer Zeit Bechmann[1]) und Kohler[2]) darauf aufmerksam gemacht, dass man für das römische Recht den Kauf nicht als ein einheitlich gestaltetes Institut aufzufassen habe, dass man vielmehr die ursprüngliche Leistungspflicht von der eventuellen Haftungspflicht trennen müsse, oder, wie Bechmann sich ausdrückt, dass man beim Kaufe „Zweck und Erfolg auseinanderhalten" müsse, um den bezüglichen Bestimmungen des römischen Rechts gerecht zu werden.

Die späteren Ausführungen werden uns Gelegenheit geben, diesen Standpunkt des römischen Rechts in den einzelnen Entwickelungsphasen der Haftung näher zu beleuchten. Jetzt wollen wir zeigen, dass die Quellenstellen, welche von den Vertretern der beiden entgegengesetzten Ansichten angeführt werden, eben nicht demselben Gedanken dienen, sondern dass die einen die dem Kaufe immanente Verpflichtung zur Eigentumsübertragung behandeln, die andern nur die eventuell aus dem Kaufe entspringende Haftung.

Eck hat für seine Ansicht, dass der Verkäufer verpflichtet sei, Eigentum zu übertragen, mit Recht mehrere Quellenstellen angeführt. So erklärt Paulus in fr 31 pr. de acqu. rer. dom. 41,1 die venditio als justa causa dominii transferendi, worin eben ausgesprochen ist, dass der Zweck des Kaufes Eigentumserwerb sei. Wenn nun auch die Giltigkeit des Kaufes nicht davon abhängt, dass dieser Zweck in Wirklichkeit erreicht wird, worüber erst die Zukunft Gewissheit bringen kann, so muss der Verkäufer doch alle Vorkehrungen treffen und alle Handlungen vornehmen, welche dazu geeignet sind, die Erreichung dieses Zwecks herbeizuführen. So war er in der klassischen Zeit verpflichtet, ja konnte sogar durch actio empti dazu gezwungen werden, eine res mancipi durch Mancipation zu übergeben. Daher heisst es in Paul. sent. I, 13a § 4: si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, aut tradat aut mancipet. Hinfällig ist hier der Einwand Bernhöfts,[3]) welcher meint, der Verkäufer solle nicht gezwungen

[1]) Bechmann, Kauf nach gem. Recht, Bd. 1 S. 100 fg, S. 546 fg

[2]) Kohler, Kauf einer fr Sache in „Abhandlungen," Bd. 1 S. 236 fg

[3]) a. a. O. S. 182.

werden zu übergeben oder zu mancipieren, so dass einfache Tradition d. h. nach seiner Auffassung einfache Besitzübergabe zur Erfüllung des Kaufes genüge. Er übersieht, dass das aut . . . aut nur zur Unterscheidung von res mancipi und res nec mancipi dienen soll, da nur bei den ersteren zum Uebergange des Eigentums mancipation erforderlich ist.[1]) Anderseits zeigt aber dieser Satz auch, dass das klassische Recht eine Haftung für Gewährung des Eigentums nicht kannte. Denn mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Mancipation ist ausgesprochen, dass er nicht für den Erfolg des Eigentumsüberganges einzustehen brauche: Die Mancipation ist zwar für den Eigentumserwerb von res mancipi eine unerlässliche Voraussetzung, aber sie führt ihn nicht auf jeden Fall herbei, und die Haftung aus der Mancipation tritt erst nach geschehener Entwehrung ein.

Während wir nun im Justinianischen Rechte keine spezifische Uebereignungsform haben, so kann es doch nach dem Obigen nicht zweifelhaft sein, dass, wo partikularrechtlich wieder besondere Formen für die Eigentumsübertragung eingeführt sind, der Verkäufer diese zu seiner Sicherung verlangen und gerichtlich geltend machen kann, mögen sie auch, wie es besonders bei der Auflassung der Fall ist, die weitergehende Wirkung haben, dass das übergehende Eigentum damit unanfechtbar wird, dass also die Sache nicht mehr entwehrt werden kann.

Auch in fr 11 § 2 de act. empt. e. vend. 19,1[2]) ist nur ausgedrückt, dass der Verkäufer das ihm zustehende Eigentum durch die Tradition auf den Käufer übertrage, anderseits zeigt der Schluss der Stelle,[3]) dass die spätere Haftung nicht schon auf dem mangelhaften Eigentumsübergang beruhe, sondern Eviktion zur Voraussetzung habe.

So sprechen ferner fr 9 § 4 de jur. et fact. ign. 22,6 und fr 80 § 3 de contr. empt. 18,1 davon, dass mit der Tradition beim Kaufe ohne weiteres Eigentum übergehe, wenn der Verkäufer selbst Eigentum gehabt habe, dass es also

---

[1]) cf Gai. IV, 131a.

[2]) et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, quae res si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum.

[3]) si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.

auf einen etwaigen Irrtum des Käufers über das Recht seines Kontrahenten nicht ankomme, ja dass ein beabsichtigter Kaufvertrag mit dem Zusatze, dass das Eigentum an der Sache nicht übergehen solle, kein Kauf mehr sei, weil eben Kauf ohne Absicht der Eigentumsübertragung undenkbar ist.

Wenden wir uns nun den für die Gegenansicht angeführten Stellen zu, so finden wir, dass diese, welche darthun sollen, dass der Käufer nicht Eigentumsübertragung, sondern nur habere licere d. h. das faktische Haben zu beanspruchen habe, nicht von dem ursprünglichen Anspruche des Käufers auf Leistung, sondern nur von seinem eventuellen Haftungsanspruche und der bezüglichen Haftungspflicht reden

Den Unterschied der beiden Ansprüche zeigt auch der in diesen Stellen fast durchweg gebrauchte Ausdruck „tenere", der im Gegensatz zu „obligare", welches die aus dem Vertrage hervorgehende Verpflichtung bezeichnet, auf die etwaigen aus der schon geschehenen Leistung entspringenden Folgen geht.[1])

Zu diesen Stellen gehört:

1. fr. 30 § 1 de act. empt. 19,1:
   quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit.
2. fr. 1 pr. de rer. perm. 19,4:
   emtor nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo.

Diese letztere Stelle zeigt deutlich, dass nur in der Haftungspflicht ein Unterschied zwischen Käufer und Verkäufer besteht. Der Käufer hat dafür einzustehen, dass der gegebene Preis ins Eigentum des Verkäufers übergehe. Er kann also sofort haftbar gemacht werden, wenn diese Wirkung nicht eingetreten ist. Die Haftung des Verkäufers tritt aber nur für den Fall der Eviktion ein, es müsste ihm denn etwa dolus zur Last fallen. Da es aber nach der ersten Stelle für dolos gilt, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, so beweist dies wiederum, dass er ver-

[1]) cf. Puntschart, fundamentale Rechtsverh. S. 179.

pflichtet ist, Eigentum zu übertragen, wenn er auch für den Erfolg nicht einsteht.

Für die obige Ansicht wird noch fr 25 § 1 contr. empt. 18,1 von Ulpian angeführt. Der Jurist sagt: qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, si fundum stipulanti spopondit. Es wird also hier die Verpflichtung des Verkäufers in Gegensatz gebracht zu derjenigen, welche aus einer Stipulation hervorgeht. Welcher Art aber diese letztere Verpflichtung ist, sagt uns derselbe Jurist in fr. 75 § 10 V. O. 45,1: haec stipulatio: „fundum Tusculanum dari?“ ostendit se certi esse continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. Derjenige, der durch Stipulationsversprechen sich zur Uebertragung eines Grundstücks verpflichtet, leistet eben Sicherheit dafür, dass der Erwerber Eigentum erhalte, wofür der Verkäufer nie einsteht. Es ist aber wohl zu bemerken, dass diese Stelle, welche die ganze Verpflichtung des Verkäufers zum Vergleiche heranzieht, nicht positiv ausspricht, dass dieselbe nur in habere licere bestehe; dieser Ausdruck wird augenfällig nur in Anwendung gebracht, wenn es sich um die Haftung allein handelt.

Mit Recht hat Kohler[1]) zum Beweise der hier vertretenen Ansicht noch auf fr 4 pr. de usur. et fruct. 22,1 hingewiesen, Papinian sagt: sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent. Er stellt damit die Handlung der Eigentumsübertragung dem Einstehen für Uebergang des Eigentums gegenüber mit der Bemerkung, dass der Verkäufer nur die erste Verpflichtung habe.

Es zeigt sich also, dass die beiden sich bekämpfenden Ansichten von dem gemeinsamen aus den Quellen nicht zu rechtfertigenden Standpunkte ausgehen, dass die Verpflichtung und die Haftung des Verkäufers sich im römischen Rechte nach denselben Regeln gestaltet haben: Die ältere Meinung geht von der zunächst ins Auge fallenden Haftung aus, die andere sieht klar, dass das römische Recht die Uebertragung des Eigentums verlangt, woraus sie die Haftung für Gewährung des Eigentums herleitet.

Im Grunde laufen jedoch die Eckschen Ausführungen auf nichts Anderes hinaus, als darauf, dass sie die Pflicht

[1]) a. a. O. S 239.

der Eigentumsübertragung für das römische Recht feststellen wollen. So wird am Anfang[1]) gezeigt, dass der Kauf nach seiner ursprünglichen Grundidee Eigentumserwerb sei. Die zweite Hälfte der Abhandlung ist nun zwar dem Nachweis gewidmet, dass in einigen Fällen auch eine Haftung für Gewährung des Eigentums eingetreten sei. Zum Schlusse aber heisst es wieder, dass in der Litteratur und Praxis die Tendenz vertreten sei, die Verpflichtung des Verkäufers auf Gewährung des Eigentums, — also nicht auf Haftung dafür, — zu erstrecken,[2]) und auch am Ende der Ausführungen ist nur die Rede von den Folgerungen, die sich aus dem Rechte des Käufers auf Gewährung des Eigentums ziehen lassen.[3]) Dass unter diesen Folgerungen auch die Gestaltung der Haftung auftritt, ist bei der Auffassung des Verfassers vom Kaufe ganz natürlich.

Eine Entwickelung der Haftung aus dem Verkaufe, die aber ihren selbstständigen Weg ging, müssen auch wir anerkennen, allein nur insoweit, wie sich später zeigen wird, als sie sich von einer Haftung wegen Eviktion aus der Mancipation und der ihr nachgebildeten Stipulation zur Haftung für habere licere entwickelt hat.

Schon die römischen Juristen waren sich der eigentümlichen Gestaltung des Kaufes wohl bewusst. Denn für andere Verträge ist an vielen Stellen ausdrücklich gesagt, dass derjenige, welcher Eigentum überträgt, auch dafür haften müsse, dass der Erfolg der gewollten Absicht entspreche: so muss der Käufer dafür einstehen, dass der gezahlte Preis Eigentum des Verkäufers wird.[4]) Derselbe Grundsatz ist beim Tausch anzuwenden, woraus Paulus die notwendige Folgerung zieht, wenn er sagt:[5] alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Anderseits wird die dem Kaufe eigentümliche Haftung, die auf Gewährung des Eigentums geht, für ein so wesentliches Merkmal dieses Vertrages betrachtet, dass ein Vertrag, in welchem die Verpflichtung des Verkäufers enthalten ist, nicht nur eine Eigentumsüber-

[1]) a. a. O. S. 2 fg.
[2]) a. a. O. S. 38.
[3]) a. a. O. S. 42.
[4]) cf. oben fr. 1 pr. de rer. perm. 19,4.
[5]) fr. 1 § 3 eod.

tragungshandlung vorzunehmen, sondern auch für den Eigentumsübergang einzustehen, nach Celsus nicht als Kaufkontrakt gelten soll. Er sagt in fr 16 de cond. c. d 12, 4: dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. Zum Verständnis dieser Stelle ist zu bemerken, dass „dare" im streng juristischen Sinne nicht nur bedeutet, „das Seinige thun, um Eigentum zu übertragen", was allein für den Kauf von Bedeutung ist, sondern „den objektiven Erfolg der Eigentumsübertragung herbeiführen",[1]) d. h. dafür haften, dass der Käufer Eigentümer werde. Vielfach haben die Quellen diese Bedeutung des dare hervorgehoben. fr. 167 D. R J. z. B. sagt: non videntur data, quae eo tempore quo dentur, accipientis non fiunt; § 14 J. de act. 4.6: dari cuiquam id intellegitur, quod ita datur, ut eius fiat.[2])

Die Gestaltung des Kaufes im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches erster Lesung ist dieselbe, wie wir sie im römischen Recht nachzuweisen versucht haben.

Nach § 459 d. E. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufes ist, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigentum an derselben zu verschaffen. Es wäre nun konsequent gewesen, vielleicht auch den modernen Rechtsanschauungen und der dem römischen Rechte gegenüber erschwerten Ersitzungsmöglichkeit entsprechend, entweder, wie im französischen Rechte den Kauf für nichtig zu erklären, wenn der Verkäufer nicht Eigentum übertragen konnte,[3]) oder wenigstens nach Kenntnis des rechtlichen Mangels dem Käufer die Möglichkeit zu geben, sich sofort an den Verkäufer zu halten. Diese Folgerung hat jedoch der Entwurf nicht gezogen, und also auch hier hat der Kauf keine einheitliche Gestaltung erhalten. Im Prinzipe hat der Entwurf nur Haftung für Entwehrung, wonach ein Anspruch erst dann erhoben werden kann, wenn

---

[1]) Bechmann, a. a. O. I. S. 547.

[2]) cf. oben fr. 75 § 10. V. O. 45,1

[3]) code civ. a. 1599: la vente de la chose d'autrui est nulle. elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui.

das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist.[1]) Die folgenden Paragraphen[2]) zeigen, dass der Entwurf unter erfolgreicher Geltendmachung mehr versteht, als die römische Eviktion ausdrückt, in der Hauptsache sind aber nur die Fälle inbegriffen, in denen wir auch schon im gemeinen Rechte, wie sich unten zeigen wird, nach dem Prinzipe des habere licere einen Anspruch begründen können.

Der Entwurf zweiter Lesung hat in Berücksichtigung des Umstandes, dass nach seiner Bestimmung gegenüber dem römischen Rechte die Ersitzung von dem guten Glauben während der ganzen Dauer der Ersitzungszeit abhängig ist,[3]) dem Käufer schon einen Ersatzanspruch gegeben, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt.[4]) Damit hat der Entwurf in der Hauptsache eine Haftung für Gewährung des Eigentums begründet, indem der Käufer einen Anspruch schon in dem Augenblicke geltend machen kann, wo er den Beweis liefert, dass ein Dritter ein Recht an der Sache hat, welches ihn zum Besitze berechtigt. Während nach gemeinem Rechte und nach dem Entwurf erster Lesung der Besitzstand des Käufers wegen der mangelnden Rechtsübertragung ohne sein unmittelbares Zuthun geändert sein muss, wenn er einen Ersatzanspruch geltend machen will, kann er nach dem zweiten Entwurfe auf Grund der mangelnden Rechtsübertragung selbst seinen Besitzstand ändern, um die Haftung des Verkäufers zu begründen.

II. Haftung des Verkäufers einer fremden Sache in ihrer geschichtlichen Entwickelung.

§ 6.

a. aus der Mancipation.

In den ersten geschichtlichen Anfängen des römischen Rechtslebens finden wir als einziges Mittel zur Begründung der Haftung des Verkäufers die Mancipation, die wir über-

[1]) §§ 374, 377.

[2]) §§ 375, 376.

[3]) § 861. ebenso Entw. I § 886; cf. Reatz, die zweite Lesung des Entw. S. 201 A. 1.

[4]) § 382 Abs 2.

haupt für die älteste Gestalt des Kaufes halten müssen.[1]) Die Mancipation geht auf Erwerb des Eigentums an der mancipierten Sache. Ist aber das Eigentum in Folge eines Rechtsmangels in der Person des Veräusserers nicht übergegangen, so haftet derselbe, obwohl der Käufer bei der Mancipation das Eigentum an der Sache durch das „meum esse“ für sich in Anspruch genommen hat, nicht schon für diesen rechtlichen Mangel, — denn damit wäre der Verkauf einer fremden Sache von Anfang an nichtig —, sondern der Rechtsanspruch des Käufers gegen den Veräusserer wird erst begründet durch die Eviktion, d. h. durch die Vindikation des gekauften Gegenstandes von Seiten eines Dritten. Diese Haftung tritt, wie Bechmann[2]) und Voigt[3]) überzeugend nachgewiesen haben, ipso jure ein,[4]) und nicht bedarf es einer Nuncupation oder einer besonderen lex mancipi zu ihrer Begründung; im Gegenteil, die von den obigen Schriftstellern angeführten Stellen des Plautus zeigen, dass man damals die Haftung für Entwehrung nur vermeiden konnte, indem man die Mancipation selbst unterliess, also auch kein Eigentum übertrug.

Erst später bot sich in der mancipatio nummo uno ein Weg, die Wirkung des Eigentumsüberganges zu erhalten, ohne für den Garantieanspruch eine genügende Unterlage zu schaffen. Ueber die Anwendung und Wirkung dieser eigenartigen Mancipation hat die sg. baetische Fiduciartafel Aufklärung gegeben. Sie enthält den Bericht über eine Verpfändung auf Grund der fiducia; angefügt ist eine Vertragsklausel der Kontrahenten betreffend die etwaige Verkaufsbefugniss des Gläubigers bei nicht rechtzeitiger Einlösung des Pfandes.[5]) Die mancipatio findet sich sowohl in dem Hauptvertrage, als auch in der angefügten Klausel.

Von Bedeutung für die hier erörterte Frage ist jedoch nur die Verwendung der mancipatio nummo uno in dem

---

[1]) Bechmann, a. a. O. I S. 68. Eck, a. a. O. S. 2. Pernice, Labeo I S. 320.

[2]) a. a. O. I S. 97 fg. 158 fg. 205 fg.

[3]) Die XII Tafeln, II S. 190 fg.

[4]) cf auch Girard, Nouvelle Revue Historique (1882 No. 2) S. 192 fg. und Pernice, Labeo III, 1 S. 115 und A. 3.

[5]) cf Bruns, fontes jur. Rom. 6. Aufl. S. 293, 294.

pactum conventum, da es sich nur in diesem um einen Kaufvertrag nicht der Form, sondern dem Inhalte nach handelt. Von dem Mancipationsakte handeln die Worte: mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret. Obgleich nämlich der Gläubiger durch den Hauptvertrag Eigentum an der verpfändeten Sache erhielt, so war doch seine Verfügung über dieselbe durch das pactum fiduciae beschränkt, aus dem gegen ihn die infamierende actio fiduciae auf Remancipation der fiduciierten Sache gegen Angebot der Schuldsumme entsprang. Sollte nun der Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung zum Verkauf des fiduciierten Gegenstandes berechtigt sein, so wurde ihm diese Befugnis durch eine Nebenverabredung, das sg. pactum de vendendo, erteilt. Wie die obigen Worte zeigen, soll der Gläubiger beim Verkauf der Pfandobjekte sich der mancipatio nummo uno bedienen können.

Wollte man mit Degenkolb[1]) annehmen, dass der Gläubiger durch diesen Zusatz die Berechtigung erhalte, die Pfandstücke selbst für einen Sesterz zu verkaufen, ohne wegen Verschleuderung derselben dem Schuldner haftbar zu werden, so würde sich damit der Schuldner ganz in die Hände des Gläubigers geben. Denn nicht nur würde dieser alle Pfandstücke, selbst wenn sie den Wert der Forderung bei weitem überstiegen, veräussern können, ohne ein superfluum, welches der Schuldner zu beanspruchen hätte,[2]) zu erzielen, sondern er würde noch überdies seine persönliche Forderung gegen den Schuldner geltend machen können. Es ist vielmehr die Bedeutung der mancipatio nummo uno darin zu suchen, dass der Gläubiger sich auf diese Weise trotz der Mancipation von jeder Haftungspflicht befreien konnte.[3]) Es wird dies eben dadurch erreicht, dass durch Einfügung des fiktiven Kaufpreises von einem Sesterz in die Mancipationsformel die Haftung, die auf das Doppelte geht, auf ein Minimum beschränkt wird. Daneben wird aber unabhängig von der Mancipation der wahre Kaufpreis bezahlt. Dieser wird jedoch, da der Käufer die Gefahr der Eviktion trägt, hinter dem Sachwerte zurückbleiben.

---

[1]) Ztschr. f. R. G. Bd. IX. S. 148 fg.

[2]) Paul. sent. II, 13 § 1.

[3]) Krüger, Krit. Versuche, S. 52; Rudorff, Ztschr. f. R. G. Bd. XI. S. 92 fg.

Ging so die Haftung unmittelbar aus der Mancipation hervor, so fragt es sich weiter, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch des Käufers geltend gemacht werden konnte, welche Klage er hatte, und welches der Inhalt dieser Klage war.

Die Haftung aus der Mancipation ist in folgenden Sätzen ausgesprochen: Paul. sent. II, 17 §§ 1. 3: venditor si eius rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius.

res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

Für die Frage nach der Bedeutung von auctoritas ist davon auszugehen, dass dieser Ausdruck mit „augere, vermehren" zusammenhängt. Pernice hat nun nachgewiesen, dass auctor „von jeher und ausnahmslos den bedeutet, der eine mangelhafte Willenserklärung vermehrt."[1])

Für den Mancipationskauf kommt er jedoch in Analogie der Bedeutung von auctoritas im öffentlichen Rechte zu dem Resultate, dass die auctoritas eine Handlung bedeutet, welche zu einem an sich genügenden Akte hinzutritt, um ihn vor aller Anfechtung zu sichern.[2])

Welche Handlung tritt aber als auctoritas zur Sicherung einer andern Handlung hinzu? Pernice meint, der Akt der Mancipation ist derjenige, der zu dem eigentlichen Kaufe, d. h. der Uebergabe der Sache gegen Zahlung des Preises, hinzutritt, um den Verkäufer zum auctor des Geschäftes zu machen.[3]) Ist doch aber die Mancipation selbst der Kauf des älteren Rechtes? Wie sollte sie also zur Stärkung des eigentlichen Kaufes dienen? Ist demnach der Ansicht von Pernice nicht beizustimmen, dass die Folge der durch die Mancipation geleisteten auctoritas die Verpflichtung des Verkäufers ist, den Käufer gegen den Evincenten zu vertreten, so spricht der oben citierte § 3 eher dafür, dass die auctoritas eine Folge der Mancipation ist, und man kann daher mit Bechmann[4]) und Girard[5]) annehmen, dass die auctoritas die aus der Mancipation entspringende Verpflichtung des Ver-

[1]) a. a. O. I. S. 186
[2]) a. a. O. I. S. 187; cf. Bechmann I. S. 110.
[3]) a. a. O.
[4]) a. a. O. I. S. 113 fg.
[5]) a. a. O. S. 182 fg.

käufers, im Vindicationsprozesse dem Käufer Beistand zu leisten resp. diese Beistandsleistung selbst ist. Auctoritas ist demnach die Vermehrung der Sicherheit, die dem Käufer durch die Intervention des Mancipanten im Vindicationsprozesse gegeben wird.

Die Erfüllung dieser Beistandspflicht muss der Käufer dem Veräusserer, wenn er von einem Dritten belangt wird, durch litis denuntiatio möglich machen.[1]) Leistet der Veräusserer den Beistand, und verhilft er dadurch dem Käufer zum Siege, so hat er seiner aus der Mancipation entspringenden Verpflichtung, auctor im Vindicationsprozesse über die Sache zu sein, Genüge gethan.

Entzieht sich der Veräusserer aber der durch die Mancipation übernommenen Pflicht, oder geht trotz seines Beistandes der Prozess verloren, so hat jetzt der Käufer gegen ihn wegen nicht geleisteter auctoritas eine Klage, die actio auctoritatis genannt wird (auctoritatis venditor obligatur).

Wenn Voigt meint, dass es gar keine actio auctoritatis gegeben habe, sondern dass die Klage, die dafür gehalten werde, die Eviktionsklage sei, die actio pro evictione, so tritt er damit nicht in Gegensatz gegen die hier vertretene Ansicht, sondern es handelt sich nur um eine andere Bezeichnung der Klage, die auch nach ihm auf Schadloshaltung wegen nicht geleisteter auctoritas geht.[2])

Es ist daher nicht der Ansicht der Frau Dr. Kempin beizustimmen, welche in Divergenz mit Voigt annimmt, dass mit der a. a. zunächst auf den Beistand geklagt werden konnte.[3]) Dagegen spricht die oben citierte Stelle des Paulus, wo die Klage auf einen bestimmten Geldbetrag, nicht auf eine andere Leistung gegeben wird, und wo die Eviktion als Voraussetzung der Klage genannt wird. Es konnte jedoch der Käufer, wenn der Veräusserer seiner Pflicht, als auctor am Prozesse teilzunehmen, nicht nachkam, ihn mit der a. a. belangen, ohne sich auf die vom Dritten erhobene Klage einzulassen.

Die Klage geht auf das Doppelte des bezahlten Kaufpreises, wie denn auch die Zahlung Vorbedingung der Klage ist. Diesen Betrag des Doppelten werden wir, da ja die a. a.

[1]) Lenel, edict. perp. S. 426.

[2]) a. a. O. II. S. 115 A. 15, 501 fg.

[3]) Kempin, Haftg. d. Verk. e. fr. Sache S. 36.

aus der Mancipation selbst hervorgeht, als unabänderlich betrachten müssen; doch wie die Garantie durch die Mancipatio nummo uno ganz ausgeschlossen werden konnte, so wird es wohl durch Parteiverabredung auch möglich gewesen sein, einen andern fiktiven Kaufpreis in der Mancipationsformel zu nennen, so dass thatsächlich die Garantie höher oder niedriger gestellt werden konnte, als sie nach dem wirklichen Kaufpreise sein musste, wenn auch formell der Betrag des Doppelten bestehen blieb.

Die Höhe des Entschädigungsanspruchs, der also gesetzlich auf das Doppelte fixiert ist, bedarf einer juristischen Begründung.

Es wäre begreiflich, wenn aus der Mancipation als solcher eine Klage auf das Interesse entspränge. Denn dieses ist ja dem Käufer im Falle der Eviktion durch Nichterfüllung seiner Erwartung, die Sache zu behalten, verloren gegangen. Daher kann die Ansicht Bechmanns nicht genügen, welcher die Höhe der Haftung unmittelbar auf die Mancipation zurückführen will.[1]) Denn damit giebt er zwar einen Grund für die Haftung, nicht aber für den Betrag des Doppelten, auf den die Haftung geht.

Gar nicht in Betracht für unsere Auffassung kommt die Ansicht Ecks[2]) und Karlowas,[3]) die den Betrag des Doppelten als regelmässig in der Nuncupation festgesetzt betrachten, die also diese Höhe der Haftung als eine Geschäftssitte ansehen, welche durch Parteivereinbarungen jederzeit eine Abänderung erfahren kann.

Einen eigentlichen Grund für die Höhe des Betrages giebt nur Jhering,[4]) indem er die Haftung auf das Doppelte aus einem nach altrömischer Auffassung begangenen Delikte des Verkäufers entspringen lässt.

Diese Annahme scheint in der That allein die Höhe des Betrages zu rechtfertigen.

---

[1]) a. a. O. I. S. 125, 142; cf. dagegen Pernice a. a. O. III, 1 S. 116 A. 3.

[2]) a. a O. S 3.

[3]) Legisaktionen S. 75.

[4]) Geist des röm. Rechts. 4. Aufl. I, 157, III, 140 fg. u Note 728a.

Wenn gegen diese Ansicht geltend gemacht wird, dass die a. a. nicht nur gegen den wissentlichen Verkäufer einer fremden Sache gehe, sondern gegen jeden, der eine fremde Sache verkauft, mag er sie auch aus entschuldbarem Irrtum für die seinige gehalten haben, so macht schon Jhering[1]) darauf aufmerksam, dass, wie „der einzelne Mensch im Kindesalter Unrecht nicht nach der Ursache, sondern nach der Wirkung würdigt, nicht nach Momenten in der Person des Thäters, sondern rein vom Standpunkte des Verletzten aus," so auch das Recht eines Volkes in seinen Anfängen vom Schuldmomente bei einer That absieht.[2]) Diese Thatsache tritt uns vor allem in dem Strafrecht der Völker entgegen, und das System der Blutrache besonders hat diesen Gedanken zur Grundlage. Aber auch im altrömischen Privatrecht tritt uns diese Auffassung entgegen.

So geht die actio de tigno juncto nach den 12 Tafeln gegen jeden, qui convictus est iunxisse (fr 1 pr. de tign. junct 47,3) auf das Doppelte ohne Unterschied, ob er in gutem oder in bösem Glauben gehandelt hat. So schloss jede objektiv unrechtmässige Aneignung und Innehabung fremden Guts, in welcher Form sie auch geschehen sein mochte, ein furtum in sich, wie es aus der Gestaltung des furtum conceptum zu ersehen ist.[3]) Dolus ist nicht erforderlich. Es ist vielmehr irrelevant, ob der Bergende davon wusste, dass die Sache eine gestohlene war oder nicht, ja ob es demjenigen, bei dem sie gefunden wurde, überhaupt bekannt war, dass sich die Sache in seiner Behausung befand. Und doch ging die Strafe gegen jeden, bei dem man sie

---

[1]) Ihering, Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 8. fg.

[2]) cf. Pernice a. a. O. I. S. 248: das frühere Recht legt Nachdruck auf den Erfolg der Handlung, nicht auf die Gesinnung des Handelnden.

Girard, a. a. O. S. 215: C'est un charactère du droit primitif de se placer souvent pour l'appréciation du délit non pas au point de vue de la culpabilité de l'auteur, mais à celui du ressentiment, de la victime.

[3]) § 47 de obl., quae ex del nasc. 4,1 u. G. III, 186: conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est, nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.

gefunden hatte, auf das Dreifache.[1]) So begeht auch der Verkäufer nach dieser Auffassung ein Delikt, der mit Annahme des Kaufpreises stillschweigend seine Zustimmung zu der feierlichen Erklärung des Käufers giebt, dass die Sache jetzt in seinem Eigentume stehe, wenn sich später herausstellt, dass er objektiv kein Recht zu dieser Zusage hatte, und er haftet nun auf das Doppelte, da der Käufer um den Kaufpreis geschädigt ist.[2]) Der Grund der Haftung ist somit ein Delikt, und wie beim furtum conceptum dieses erst in die Erscheinung tritt, wenn der gestohlene Gegenstand auf Grund einer Haussuchung gefunden wird, so zeigt sich hier die Deliktsnatur und treten die Deliktsfolgen erst ein, wenn die durch den Akt der Mancipation gegebene Zusicherung des Eigentumsübergangs durch das in Wirksamkeit tretende Recht eines Dritten sich als falsch erweist.

Doch braucht man sich damit noch nicht der Ansicht Ihering's anzuschliessen, dass die a. a. eine qualifizierte Diebstahlsklage sei.[3]) Denn in diesem Falle wäre der Einwand berechtigt, dass sie als solche infamierende Wirkung haben müsste, und diese fehlt ihr. Es ist vielmehr anzunehmen, dass sie eine selbstständige Deliktsklage ist, dass sich das Institut der Infamie aber erst zu einer Zeit entwickelt habe, wo schon dem Willensmoment bei einer That Bedeutung beigemessen wurde. Da nun die Fälle der Infamie sich in der Hauptsache durch das Edikt der Prätoren feststellten, so ist es selbstverständlich, dass der a. a. diese Wirkung versagt wurde, weil sie eben auch gegen den gutgläubigen Verkäufer angestellt werden konnte.

§ 7.

b. aus der satisdatio und repromissio secundum mancipium.

Eine Verstärkung der aus der Mancipation hervorgehenden gesetzlichen Haftung konnte erreicht werden durch die satisdatio s. m.: neben der Mancipation wurde durch eine Kaution

---

[1]) G. III, 191. concepti poena ex lege XII tabularum tripli est.

[2]) cf. Pernice, a. a. O. III, 1 S. 116.

[3]) cf. Ihering, Geist d. r. R. II S. 546 a. M. Girard, a. a. O. S. 215 fg. Ryck, Lehre von den Schuldverh. S. 289.

ein Bürge bestellt, welcher gleich dem Veräusserer dafür haftete, dass dem Käufer die Sache nicht durch Eviktion entzogen würde.

Von dieser Verbürgung eines Dritten bei der Mancipation, welche nur in der Form einer verborum obligatio geschehen konnte,[1] geben die Quellen nur spärliche Auskunft. Cicero thut ihrer in seinen Briefen an Atticus Erwähnung, indem er seinen Freund bittet, die Bürgschaft der Eigentumsgarantie für Grundstücke zu übernehmen, die Cicero erworben und wieder veräussert hat.[2] Die Aufmerksamkeit wurde aber besonders nach Auffindung der baetischen Fiduciartafel auf diese Bürgschaftsform gelenkt. In dieser heisst es im Anschluss an die schon oben erörterten Worte mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret: neve satis sec. manc. daret neve ut in ea verba, quae in verba satis s. m. dari solet, repromitteret . . . .

Es ergiebt sich aus diesem Formular, dass sich die satisdatio als verborum obligatio an die Mancipation anschloss, dass aber auch eine einfache repromissio neben der Mancipation vorkommen konnte, ein Versprechen, dass die gesetzliche Haftung des Mancipanten noch einmal in sich aufnahm, ohne sie durch Bürgenstellung zu verstärken.[3]

Von manchen wird zwar behauptet, dass die Repromissionsstipulation neben der Mancipation keine Stelle finden konnte,[4] und es ist in der That kaum einzusehen, was ein blosses Haftungsversprechen neben die schon die Haftung begründende Mancipation bedeuten solle. Doch kann man wohl annehmen, dass damit für den Fall der bei der strengen Form leicht möglichen Ungiltigkeit der Mancipation und der damit verbundenen Unzuständigkeit der a. a. wenigstens die Haftung gesichert sein sollte, und auch die satisdatio s. m. hat wohl für einen solchen Fall ihre Geltung behalten.[5] Da es ferner kaum zweifelhaft ist, dass es für diese Kaution ein

---

[1] G. III, 118. 119.

[2] Cic. ad Att. V, 1: de satisdando vero te rogo, quoad eris Romae, tu ut satisdes et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium vel Memmianorum praediorum vel Attilianorum

[3] Bechmann, a. a. O. I S 368, Rudorff, a. a O. S. 95 fg.

[4] Degenkolb, a. a. O. S. 158

[5] Bechmann, a. a. O. S. 369.

feststehendes Formular gab[1]) — heisst es doch in der Fiduciartafel, dass die repromissio in der Regel dem Wortlaute nach der satisdatio entsprach, für welche letztere damit ein feststehender Wortlaut angenommen wird — so ist es auch wohl denkbar, dass man diese Stipulationen vereinbart hat, ohne die Mancipation vorzunehmen.[2]) In dieser Anwendung konnten sie ein Gegenstück zur mancipatio nummo uno bilden: denn während bei der letzteren nur Eigentumsübergang beabsichtigt wurde, ohne eine Garantie zu begründen, wurde hier für die Haftung gesorgt, ohne dass man auf den unmittelbaren Eigentumsübergang Gewicht legte

Ueber den Ursprung und die Entwickelung dieser Stipulationen herrscht in der Wissenschaft viel Streit. Es sind verschiedene Hypothesen von Bechmann, Eck, Voigt u. a. aufgestellt worden. Zu einer Gewissheit wird man aber wohl kaum gelangen, so lange man nicht ergiebigere Quellen aufgefunden hat. Die Entscheidung dieser Fragen ist übrigens von nur geringer Bedeutung, da diese Stipulationen, besonders in ihrer Anwendung bei fehlender Mancipation, nur einen Uebergang gebildet haben von der durch die Mancipation begründeten auctoritas zu der ungleich wichtigeren stipulatio pro evictione im engeren Sinne, auch stipulatio duplae genannt

§ 8.

c. aus der stipulatio duplae.

Die Eviktionsstipulation verdankt, wie wir wohl annehmen dürfen, ihren Ursprung dem Umstande, dass nicht alle Gegenstände durch Mancipation verkauft werden konnten. Die res nec mancipi konnten nur formlos veräussert werden. Ferner war die Mancipation als ein Rechtsakt des altrömischen Civilrechts nicht anwendbar, wenn einer der Kontrahenten nicht römischer Bürger war, oder wenn ein Grundstück als Gegenstand des Kaufes nicht römisch war d. h. nicht innerhalb des Geltungsgebietes des römischen Rechtes lag. Damit entbehrten aber derartige Käufe jeglicher Sicherheit. Hatte der Verkäufer eine fremde Sache verkauft und

---

[1]) Lenel, a. a. O. S. 428.

[2]) vielleicht geht darauf die in fr. Vat. 10 erwähnte stipulatio auctoritatis

tradiert, und wurde diese dann dem Käufer von dem wahren Eigentümer evinciert, so stand dem Käufer keine Klage gegen den Verkäufer zu.

Gegen diese Unsicherheit des geschäftlichen Verkehrs, die gerade bei dem häufigsten Rechtsgeschäft in den meisten Fällen in Erscheinung trat — war doch die Mancipation bei einem nur kleinen Bruchteil der verkaufsfähigen Gegenstände anwendbar — konnte im römischen Rechte nur die Stipulation als streng bindendes Versprechen Abhilfe schaffen.

Ursprünglich scheint es nun Regel gewesen zu sein, das Garantieversprechen wegen eines rechtlichen Mangels zu verbinden mit der Stipulation, welche wegan thatsächlicher Mängel zwischen den Kontrahenten abgeschlossen wurde Die Garantie wurde dadurch übernommen, dass der Verkäufer seinem Gegner verspricht, das habere licere gewährleisten zu wollen.

So finden sich bei Varro für den Verkauf von res nec mancipi verschiedene Formeln, aus denen der Inhalt der Stipulation hervorgeht. Für den Verkauf von Schafen war nach ihm der Wortlaut der Formel folgender:[1]) emptor stipulatur prisca formula sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum extra luscam surdam minam, neque de pecore morboso esse habereque licere; haec si recte fieri spondesne? Verfiel diese Stipulation, so hatte der Käufer eine actio ex stipulatu auf Ersatz des Schadens, den der Käufer durch den Eintritt des rem habere non licere erlitten hat. Da aber durch das Versprechen des einfachen habere licere der Verkäufer nur für solche Störungen Sicherheit leisten konnte, die durch seine eigenen oder seiner Erben Handlungen verursacht werden würden,[2]) so war zunächst für den Fall der Eviktion keine Fürsorge getroffen.[3]) Um dem Käufer für den Fall der Entwehrung einen Anspruch zu sichern, bedurfte es eines besondern Versprechens, durch

---

[1]) Varro, R. R. III § 6 nach Bruns, a a. O. II S. 65.

[2]) fr. 38 pr. u. § 2 i. f., fr. 83 pr. V. Q. 45,1.

[3]) cf Bechmann, a. a. O. I S. 383. Girard, Nouvelle Revue hist. 1883 No. 5 S. 564 fg. Salpius, Novation und Delegation S. 227.

das sich der Verkäufer mit Rücksicht auf dieselbe zu einer besonderen Leistung verpflichtete.[1])

Was war nun natürlicher, als dass die Parteien dieses Versprechen möglichst der Haftung aus der a. a. anpassten? Entsprechend dieser wurde auch hier der Verkäufer nicht verpflichtet, für Gewährung des Eigentums aufzukommen, sondern seine Haftung trat erst ein, wenn der Käufer die Sache infolge des bessern Rechts eines Dritten verlor, und diese Wirkung wurde dadurch erreicht, dass der Verkäufer sich für den Fall zu einer Leistung verpflichtete, dass ein habere non licere propter evictionem[2]) eintrat, womit ausdrücklich ausgesprochen war, dass es sich um Aufhebung des habere licere durch dritte Personen handelte. Und die Leistung aus der Stipulation wurde entsprechend der a. a. aufs Doppelte gestellt. Wenn aber bei der Mancipation die thatsächliche Haftung nur durch Aufnahme eines fiktiven Kaufpreises in das Mancipationsformular verändert werden konnte, in Ansehung der Mancipation jedoch der Betrag des Doppelten unabänderlich blieb, so konnte dieHaftung aus der Stipulation ohne Rücksicht auf den Kaufpreis durch den Willen der Parteien auf einen höheren oder niedrigeren Betrag gestellt werden. So finden wir in den Quellen die Haftung auf eine beliebige Summe,[3]) auf das Einfache oder auf das Drei- und Vierfache[4]) und allgemein auf das Interesse.[5]) Der Verkehr hatte jedoch die Analogie der a. a. als massgebend gelten lassen, und nach der fast regelmässigen Höhe des Ersatzes führt diese Stipulation auch den Namen „stipulatio duplae." — Zur Erklärung des Inhalts der stipulatio duplae ist es wesentlich, die Bedeutung des Wortes „habere" festzustellen. Hierfür finden sich in den Quellen folgende Stellen:

1. fr. 188 V. S. 50, 16 von Paulus: „habere" duobus modis dicitur: altero jure dominii, altero obtinere, sine interpellatione id quod quis emerit.
2. fr. 38 § 9 V. O. 45, 1 von Ulpian: habere dupliciter

---

[1]) fr. 38 § 2 eod. tit: si quis velit factum alienum promittere poenam vel quanti ea res sit potest promittere.

[2]) fr. 21 § 1 de evict. 21,2.

[3]) fr. 74 pr. h. t. 21,2.

[4]) fr. 56 pr. eod.

[5]) fr. 102 V. O. 45,1.

accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est, et eum qui dominus quidem non est, sed tenet.

„Habere" bezeichnet hiernach also zweierlei, nämlich „Eigentümer einer Sache sein und „eine Sache ohne Anfechtung inne haben, in seiner Gewalt haben." Diese letztere Bedeutung liegt, wie die erste Stelle zeigt, unserem habere zu Grunde.

Hiermit ist für die Eviktionsstipulation zunächst eine Einschränkung gegenüber der Haftung des Verkäufers aus der Mancipation gegeben.

Wir haben gesehen, dass aus der Mancipation zunächst die Pflicht des Verkäufers entspringt, im Falle des Eviktionsprozesses dem Käufer als auctor zur Seite zu stehen; entzieht er sich dieser Pflicht, so kann er ohne weiteres mit der a. a. belangt werden. Nicht braucht der Käufer sich erst auf den Prozess einzulassen und einen ungünstigen Verlauf abzuwarten.

Eine solche Pflicht, im Prozesse Beistand zu leisten, ist in der Stipulation nicht enthalten.[1]) Die Quellen geben wenigstens für eine derartige Annahme keinen Anhalt. Damit ist aber keineswegs gesagt, dass der Verkäufer nicht die Möglichkeit hatte, am Prozesse teilzunehmen. Im Gegenteil, wir werden ihm das Recht zugestehen müssen, die Verteidigung gegenüber dem Evincenten zu übernehmen. Hat er doch vielleicht Beweise für das bessere Recht in Händen, die dem Käufer nicht zu Gebote stehen, und ein ungünstiges Urteil gegen den Käufer führt doch vor allem für ihn einen Verlust herbei. — Ob nun die Stipulation dem Käufer die Pflicht auferlegt hat, von einem etwa anhängigen Eviktionsprozesse dem Verkäufer Anzeige zu erstatten, ist bestritten.[2]) Paulus sagt in fr 53 § 1 h. t. 21,2: si cum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiasset idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset hoc ipso videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere non potest. Nach ihm hat sich also an die Stipulationsformel eine clausula doli angelehnt des Inhalts, dass der Käufer, der dem Verkäufer die Litisdenuntiation

[1]) a. M. Cuj. Paratitl ad tit. Cod. de evict, Müller, Eviction S 52.

[2]) Dafür: Glück, Commentar, Bd. 20. S. 291 A. 45. Bechmann, a. a. O. I S. 376 fg. Dagegen: Girard, a. a. O. S. 572, 573 u. A. 2. Lenel, a. a. O. S. 446, auch Kempin, a. a. O. S. 36.

nicht zukommen lässt, dolos handelt und deshalb nach Eviktion der Sache aus der Stipulation keinen Anspruch gegen denselben geltend machen kann. Auch Pomponius[1]) setzt es als selbstverständlich voraus, dass lis denunziert wird, und erklärt es nur für gleichgiltig, wann die Anzeige erfolgt quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, wenn es nur vor Fällung des Urteils geschieht, und ebenso geht aus fr 55 § 1 h. t. 21,2 und aus fr 56 §§ 4—7 eod deutlich hervor, dass die Stipulation nicht verfällt, wenn der Käufer es unterlassen hat, den Verkäufer von dem anhängigen Prozess zu unterrichten.[2])

Girard leugnet es überhaupt, dass die Stipulationsformel eine clausula doli enthalten habe.

Lenel giebt zwar zu, dass die Formel mit einer clausula doli geschlossen habe, glaubt aber, dass diese nur gegen einen etwaigen dolus des Verkäufers vermehrte Sicherheit leisten sollte[3]) und erklärt deshalb die oben angeführten Stellen, in denen aus dem dolus des Käufers Folgerungen gezogen werden, für eine Interpretation der Juristen. Doch widerspricht m. E. dieser Annahme die Thatsache, dass in den Quellen der Verfall der Stipulation wegen des dolus des Käufers nicht nur bei unterlassener Litisdenunziation, sondern auch aus anderen Gründen abgelehnt wird, woraus mir hervorzugehen scheint, dass der dolus des Käufers allgemein auf Grund der Stipulation Berücksichtigung fand. So schreibt ihm Papinian in fr 66 pr h. t. 21,2 Bedeutung zu, wenn der Käufer zur Wiedererlangung der von einem Dritten besessenen Sache sich trotz der Aufforderung des Verkäufers, die actio Publiciana oder die actio de fundo vectigali anzustellen, einer andern Klage bedient. Erlangt er mit dieser Klage den Besitz der Sache nicht wieder, so kann er nunmehr wegen seines dolus aus der Stipulation nicht klagen.

Müssen wir also annehmen, dass auch aus der Stipulation die Denunziationspflicht hervorgegangen ist, so braucht der Verkäufer dieser Anzeige doch nicht wie bei der Mancipation Folge zu leisten. Er kann nicht sofort nach der Verweigerung des Beistandes belangt werden.

---

[1]) fr. 29 § 2 h. t. 21,2.

[2]) c. 8 h. t. 8,44.

[3]) cf. fr 21 pr. de evict, 21,2.

Der Käufer muss den Prozess nach bestem Können durchführen, wenn er nicht wegen selbstverschuldeter Eviktion seines Entschädigungsanspruches verlustig gehen will.[1])

Vorbedingung des Verfalls der Stipulation ist also zunächst, dass dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben wird, am Eviktionsprozesse teilzunehmen. Hat nun aber der Käufer seiner daraus sich ergebenden Denunziationspflicht genüge gethan, so verfällt die Stipulation, wenn habere non licere propter evictionem eingetreten ist (fr. 21 § 1 h. t. 21,2), d. h. der Verlust des Besitzes der Sache auf Grund eines verurteilenden Erkenntnisses im Eviktionsprozesse. Und zwar müssen beide Erfordernisse, Verlust und Urteil, zusammentreffen, um einen Regressanspruch des Käufers zu begründen. Dass ein ungünstiges Urteil ohne Verlust der Sache nicht genügt, ist mit Rücksicht auf fr. 57 h. t. 21,2 wohl nicht in Zweifel zu ziehen. Denn Gaius spricht hier deutlich aus, dass ein Urteil, dem die Exekution nicht folgt, den Verfall der Stipulation nicht herbeiführt. Dass aber auch anderseits der Verlust der Sache ohne gerichtliches Eviktionsverfahren für den Regressanspruch aus der Stipulation nicht ausreicht, ist trotz vielfacher Quellenstellen, welche diesen Gedanken aussprechen,[2]) von Bekker[3]) bestritten worden. Er stützt seine Ansicht besonders auf fr 11 § 12 de act. empt. 19,2 von Ulpian. Diese Stelle lautet: Idem (Neratius) libro secundo responsorum emptorem noxali judicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi quanto minimo defungi potuit: idemque putat et si ex stipulatu aget: et sive defendat noxali judicio sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilo minus vel ex stipulatu vel ex empto agere posse.

Doch während Bekker zugeben muss, dass selbst ein schiedsrichterliches Urteil, das doch dem gerichtlichen am nächsten steht, die Regressklage nicht begründet, übersieht er, dass als Grund für diese Entscheidung angegeben wird: nulla enim necessitate cogente id feci, und eine necessitas cogens zur Herausgabe der Sache liegt ohne gerichtliches

[1]) c. 8 de evict. 8,44.
[2]) fr. 24,34 §§ 1, 2 h. + 21,2; c. 17 h. A. 844.
[3]) a. a. O. S. 288 fg.
[4]) fr. 56 § 1 h. + 21,2.

Urteil doch niemals vor. Für seine Behauptung aber, dass in der obigen Stelle von der Eviktionsstipulation die Rede ist, hat Bekker keinen Beweis erbracht. Schon aus dem Texte der Stelle geht hervor, dass die stipulatio duplae nicht gemeint ist (tantum consequi, quanti minimo defungi potuit.) [1] Es handelt sich aber in dieser Stelle überhaupt nicht um eine Stipulation, in der wegen rechtlicher Mängel Garantie geleistet wird, das noxa solutum non esse gilt vielmehr als ein thatsächlicher Mangel, und als solcher hat er in dem ädilizischen Edikte wegen thatsächlicher Mängel seinen Platz gefunden.[2] Dass aber die Stipulation, in welcher für furtis noxisque solutum esse Garantie geleistet wird, einen andern Charakter hat als die wegen rechtlicher Mängel, erhellt m. E. ganz deutlich aus einer Gegenüberstellung von fr 30 und fr 9 rsp. fr 41 § 1 h. t. 21,2. Denn während in der ersteren Stelle die Stipulation verfällt, wenn derjenige, den der Sklave bestohlen hat, Erbe des Käufers wird, verfällt sie nach den beiden andern Stellen nicht, wenn der Käufer Erbe des Eigentümers wird, und, da als Grund für diese Entscheidung angegeben wird, quoniam servus evinci non potest, wohl auch nicht, wenn der Eigentümer Erbe des Käufers wird.

Dieser Gegensatz beruht aber m. E. auf dem allgemeinen Grundsatze, dass di eStipulation wegen thatsächlicher Mängel schon verfällt, sobald sich ein solcher Mangel zeigt, während die wegen rechtlicher Mängel Eviktion zur Voraussetzung hat.

Doch noch in anderer Beziehung giebt die Haftung dafür, dass ein habere non licere propter evictionem nicht eintritt, der Stipulation einen charakteristischen Inhalt. Die stipulatio duplae schützt, weil in ihr das habere licere praestiert wird, den Käufer nicht nur gegen Entziehung der Sache auf Grund eines Urteils im eigentlichen Eviktionsprozesse, sondern auch gegen die Möglichkeit, dass der Käufer in einem Prozesse, den er gegen einen Dritten um die Wiedererlangung der Sache anstrengt, den Kürzeren zieht. Denn auch, wenn er den Besitz der Sache infolge des Rechts des Besitzers nicht wiedererlangen kann, ist ihm die Möglichkeit des

---

[1] cf. Girard, a. a. O. S. 573.

[2] fr. 1 § 1 de aced. ed. 21,1.

Habens und Behaltens aus dem Kaufe genommen. Dass schon die a. a. in diesem Falle Anwendung gefunden habe, ist kaum anzunehmen. Denn diese verlangt, soweit die Quellen uns Auskunft geben, Eviktion der Sache, und als Eviktion im eigentlichen Sinne gilt nur Verlust der Sache auf Grund eines verurteilenden, nicht auch abweisenden Erkenntnisses.

Dass die Stipulation auch in diesem Falle eine Klage erzeugt, spricht Pomponius in fr. 16 § 1 h. t. 21,2 aus. Er sagt: duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis aestimatione vel possessor ab emptore conventus absolutus est. Doch hat der Käufer in der Regel den Anspruch nur, wenn er ohne seine Schuld den Besitz der Sache verliert. Ist ihm der Besitz schuldhafterweise entzogen worden, oder hat er ihn freiwillig aufgegeben, so kann er, wenn er als Kläger gegen den Besitzer der Sache unterliegt, aus der stipulatio duplae keinen Anspruch gegen den Verkäufer geltend machen, — denn in diesem Falle ist ihm das habere licere nicht aus dem mangelhaften Rechte des Verkäufers unmittelbar verwehrt — er müsste denn etwa den Beweis liefern können, dass der Besitzer seinen Anspruch als Kläger geltend gemacht hätte, und dass er, der Käufer, als beklagter Besitzer, die Sache dem Dritten wegen seines bessern Rechts hätte herausgeben müssen.[1])

Diente also die stipulatio duplae zunächst dazu, in den Fällen, wo eine Mancipation nicht zulässig war, die a. a. zu ersetzen, so wurde sie bald auch auf Mancipationskäufe ausgedehnt, und so zeigt sie sich in den vier Siebenbürgischen Kaufurkunden in Verbindung mit diesem Formalakte.[2]) Anfänglich wird sie wohl neben der Mancipation dieselbe Aufgabe gehabt haben, wie die repromissio s. m., nämlich im Falle der Ungiltigkeit des Mancipationsaktes die Haftung aufrecht zu erhalten, sodann aber ermöglichte sie es, dem Willen der Parteien trotz des streng gebundenen Vertragsschlusses grösseren Spielraum zu lassen.

In der klassischen Zeit war die Stipulation schon so allgemein in Anwendung gekommen, dass man sie fast als

[1]) fr. 29 h. t. 21,2.

[2]) Bruns, a. a. O. S. 288—291.

einen wesentlichen Bestandteil des Kaufes ansah, und dass man daher dem Käufer das Recht gab, mit der actio empti die Bestellung dieser Sicherheit zu fordern.[1])

Die Streitfrage, zu der fr 37 § 1 h. t. 21, 2 Veranlassung gegeben hat, ob nämlich der Käufer auch bei res mancipi die stipulatio duplae nachträglich beanspruchen könne, ist wohl mit Eck dahin zu entscheiden, dass eine Stipulation in diesem Falle nicht zu erzwingen war, weil der Käufer schon durch die a. a. geschützt ist, die durch Vereinbarung bewirkte Hinzufügung einer Stipulation aber nur die Absicht der Parteien beweist, die Haftung entsprechend umzugestalten.[2])

Für die stipulatio duplae im Gegensatz zu der aus der Mancipation entspringenden auctoritas ist aber hervorzuheben, dass jene ein zum Kauf selbstständig hinzutretendes Geschäft bildet, während diese ein Bestandtheil des Kaufgeschäfts selbst ist; diese enthält die Pflicht des Verkäufers, sich am Eviktionsprozesse zu betheiligen, während er bei jener ein Recht auf Theilnahme am Prozesse hat, ohne dass er bei Nichtausübung desselben haftbar wird. Ferner sichert die Stipulation dem Käufer nicht nur als verurteiltem Beklagten, sondern auch als abgewiesenem Kläger einen Anspruch, während die a. a. nur dem ersteren zusteht. Eine Haftung des Verkäufers für Uebertragung des Eigentums ist aber auch in der Eviktionsstipulation nicht zu finden.

b) Einfluss der bona fides auf die Entwickelung der Haftung.

§ 9 im allgemeinen.

Mit der Entwickelung der bona fides im römischen Rechtsleben, welche die aus den obligatorischen Verhältnissen entspringenden Verpflichtungen auf Grundlage der sittlichen Pflichten der Menschen unter einander regelt, musste auch die Haftung des Verkäufers mit dem Kaufvertrage in engere Verbindung treten.

Der unbedingte Eigentumsübergang ist, wenn eine Sache als solche Gegenstand des Kaufes ist, der regelmässige oder

---

[1]) fr. 11 § 8 de act. empti et vend. 19,1: Nevatius ait: ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur. cf. fr. 37 pr. h. t. 21,2.

[2]) a. a. O. S. 22.

wenigstens auf Seiten des Käufers regelmässig erwartete Erfolg des Kaufes. Diese Erwartung des Käufers findet gemäss der bisherigen Gestaltung des römischen Kaufes an sich keinen Rechtsschutz, und nur durch besondere Parteiverabredungen kann sich der Käufer gegen die Hauptgefahren der getäuschten Erwartung decken. Die Billigkeit erforderte es nun, dass die Rechtsordnung da ergänzend eingriff, wo die Parteien aus irgend einem Grunde den Schutz des Käufers verabsäumt hatten. So macht sich der Einfluss der bona fides bald darin geltend, dass mit der Kontraktsklage, der actio empti, die Vornahme der die Haftung begründenden Formalakte gefordert werden konnte. Die regelmässige Begründung der Haftung konnte aber als Zeichen dafür gelten, dass die Haftung nicht aus den Umständen des einzelnen Falls, sondern aus der Natur des Geschäfts entspringe. Da aber die bona fides die Wirkung hervorzubringen vermag, dass gewohnheitsmässige Nebenabreden, wenn sie ausnahmsweise einmal fehlen, dennoch Berücksichtigung finden, so war der Schluss unabweisbar, die actio empti selbst als Klage zur Geltendmachung des Haftungsanspruchs eintreten zu lassen. Die Haftungspflicht wird rechtlich ein immanenter Bestandteil des formlosen Konsensualvertrages.[1])

Für die actio empti als Haftungsklage hat Eck besonders betont, dass sie in ihrer stetigen Entwickelung sich zu einer Haftung des Verkäufers auf Gewährung des Eigentums fortgebildet habe.[2]) Zwar giebt er zu, dass die Stellen, welche im Prinzipe die Haftung behandeln, nur die Gewährspflicht für habere licere nennen. Doch meint er aus einigen spezielle Fälle behandelnden Quellenstellen seine weitergehende Ansicht begründen zu können.[3])

Nun ist es m. E zunächst nicht angängig, jede Ueberschreitung des Eviktionsprinzips für die Eck'sche Ansicht geltend zu machen. Sowohl die stipulatio duplae als auch die actio empti als Haftungsklagen gewähren das habere

---

[1]) fr. 31 § 20 de aed. ed. 21,1: quia adsidua est duplae stipulatio, ideirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire. cf. Bechmann, a. a. O. I. S. 666 fg. Pernice, a. a. O. II S. 90, 91.

[2]) a. a. O. S. 24.

[3]) a. a. O. S. 26 fg.

licere, was schon an sich über die Eviktion hinausgeht. In diesem Sinne sagt Windscheid: „eine besonders wichtige Seite der Verpflichtung des Verkäufers ist seine Verhaftung wegen Entwehrung d. h. seine Verhaftung in dem Falle, wo dem Käufer wegen der rechtlichen Mangelhaftigkeit der ihm gewährten Stellung der Besitz der Sache entzogen wird; diese Verhaftung wegen Entwehrung ist eine besondere Seite der Verpflichtung des Verkäufers, sie erschöpft aber diese Verpflichtung nicht.[1]) Gerade in der Verhaftung für habere licere liegt m. E. schon eine weitergehende Verpflichtung.[2]) Die Haftungspflicht des Verkäufers im Falle des Unterliegens in dem von ihm angestrengten Prozesse um die Sache ist wohl kaum unter das Eviktionsprinzip zu subsumieren.

Zur Erklärung der aus der actio empti über die actio ex stipulatu in einzelnen Fällen hinausgehenden Haftung kommt aber hinzu der Unterschied der beiden Klagen als judicium bonae fidei und actio stricti juris.

Die Klage aus der Stipulation war gebunden an den Wortlaut der Formel. Sie war gegeben, wenn ein habere non licere propter evictionem eingetreten war, d. h. wenn die Sache thatsächlich aus der Hand des Käufers gekommen war, und wenn dieser Verlust bewirkt war durch ein gerichtliches Urteil, welches ein besseres Recht eines Dritten an der Sache feststellte. So konnte auch der dolus für den Verfall der Stipulation nicht in Betracht kommen, und war in derselben nicht auch die Haftung für einen Teil der verkauften Sache ausdrücklich erwähnt, so hatte der Käufer aus ihr keinen Anspruch, wenn nicht die ganze Sache, sondern nur ein Teil entwehrt wurde.[3])

Die Klage, die der bona fides dienen sollte, musste und konnte auch nach diesen Seiten hin einen mehr der aequitas entsprechenden Standpunkt einnehmen. Die actio empti konnte freier und somit viel umfassender angewendet werden als die actio ex stipulatu. Dass die actio empti auch bei Eviktion eines Teils der Sache ohne weiteres eintrat,

---

[1]) Pand. II, S. 414.

[2]) a. M. Kohler, a. a. O. S. 248.

[3]) fr. 56 § 2 h. t. 21,2: in stipulatione duplae cum homo venditur partis adiectiv necessaria est, quia non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est.

bedarf wohl kaum der Erklärung.[1]) Die actio ex stipulatu verlangte Verlust der Sache. Doch im Erfolg — und diesen muss doch eine billige, dem allgemeinen Rechtsgefühl sich anschliessende Rechtsordnung vor allem in Betracht ziehen — stehen der thatsächlichen Entziehung des Besitzes die Fälle gleich, wo der Käufer die Sache zwar behält, aber sie nicht mehr auf Grund des Kaufes besitzt, sondern sie auch besessen haben würde, wenn er nicht den Kaufpreis dafür ausgegeben hätte. Am deutlichsten lässt fr 29 pr. h. t. 21,2 erkennen, dass es der Einfluss der bona fides ist, der für den Regressanspruch des Käufers mildere Bedingungen aufstellt, ohne jedoch dem Prinzip des habere licere zu entsagen. Diese Stelle lautet: si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem.

Dieser Stelle liegt m. E. folgender Sachverhalt su Grunde. Der Eigentümer hat gegen den Käufer die rei vindicatio angestellt. Nachdem an den Beklagten der Zwischenbescheid auf Restitution der Sache ergangen war, hat er, anstatt die Sache auszuhändigen resp. es auf eine litis aestimatio ankommen zu lassen, dem Kläger die Sache auf dem Wege des Vertrages abgekauft. Wenn nun auch hier nicht vom Regressrechte des Käufers die Rede ist — der Kaufpreis ist noch nicht bezahlt — so ergiebt sich doch, dass Nerva noch das habere licere der Stipulation zu Grunde legte und infolgedessen annahm, dass dieses nicht verletzt sei; Celsus jedoch kommt mit ausdrücklicher Berücksichtigung der bona fides zu der Ansicht, dass der Käufer zwar die Sache besässe, aber nicht mehr auf Grund des ersten Kaufes, sondern ex alia causa d. h. auf Grund des zweiten Kaufes. Der Erfolg ist also derselbe, wie wenn der Eigentümer die Sache erst evinziert und dann dem Beklagten wieder verkauft hätte. Aus demselben Grunde würde aber in diesem Falle, wenn der Kaufpreis bezahlt wäre, der Käufer mit der actio empti einen Regressanspruch gegen den Verkäufer haben. Der gleiche Grund für den Regressanspruch liegt vor, wenn

[1]) fr. 1 h. t. 21,2.

der Käufer Erbe des Eigentümers wird [1]) Er bleibt Besitzer der Sache, aber nicht mehr als Käufer, sondern als Erbe und damit als Eigentümer. Die actio ex stipulatu ist natürlich nicht anstellbar, wohl aber die actio empti; denn ex alia causa rem habet. Und eine gleiche Entscheidung ist m. E. in fr. 13 § 15 de act. e. et v. 19,1 zu treffen, eine Stelle, in welcher Eck die weiteste Ausdehnung der Haftung des Verkäufers findet: Der nachträglich ex causa lucrativa die Sache erwerbende Käufer kann ebenfalls mit der actio empti gegen seinen Verkäufer Regress nehmen. Ist doch aber auch hier der Erfolg derselbe, wie wenn der Eigentümer die Sache erst evinziert und dann dem evictus dieselbe geschenkt resp. vermacht hätte.

Ferner wird die actio empti als Haftungsklage infolge des bessern Rechts eines Dritten an der Sache auch zugelassen werden müssen, selbst ohne Rücksicht auf den Verlust der Sache im Falle des dolus des Verkäufers. Denn dass die bona fides für dolus mit der Kontraktsklage haften lässt, ist die Regel. Der dolus kann sich aber besonders im bewussten Verschweigen der Thatsache zeigen, dass die Sache eine fremde ist.[2]) So erklärt es sich, dass derjenige, welcher wissentlich eine fremde Sache verkauft, sofort in Anspruch genommen werden kann, wenn auch der Käufer noch nicht den Besitz der Sache verloren hat.[3]) Der Verkäufer haftet zwar nicht für den Erfolg des Eigentumsüberganges. Weiss er aber, dass er seiner Verpflichtung, Eigentum zu übertragen, nicht nachkommen kann und verschweigt er diese Thatsache, obwohl sie doch ohne Zweifel auf den Entschluss des Käufers, das Geschäft abzuschliessen, Einfluss haben würde, so handelt er dolos und haftet dafür.

§ 10. im speziellen.

Die einzelnen Möglichkeiten des Verkaufes einer fremden Sache, je nachdem die Kontrahenten sich dieser Eigenschaft des Objektes bewusst sind oder nicht, sind in den Quellen der Hauptsache nach, soweit die Haftung in Betracht kommt, in Hinblick auf die der bona fides unterworfene actio empti behandelt.

---

[1]) fr. 9, fr. 41 § 1 h. t. 21,2.

[2]) fr. 43 § 2 de contr. empt. 18,1

[3]) fr. 30 § 1 i. f. de act. empt. et vend. 19,1

1. Wissen beide Kontrahenten, dass die Sache eine fremde ist, so kommt es darauf an, ob sie beim Vertragsschlusse mit diesem Umstande rechnen, oder ob sie einander hintergehen wollen, indem jeder allein den Mangel zu kennen vermeint. Im ersten Falle können die Kontrahenten einen bedingten Vertrag abschliessen wollen; es wäre ein suspensiv bedingter Vertrag, dessen Giltigkeit davon abhinge, ob der Verkäufer nachträglich das Eigentum erwirbt. Wird der Vertrag aber unbedingt geschlossen, so dass der Verkäufer sich verpflichtet, das Eigentum an der Sache bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu erwerben, so haftet er, falls er der übernommenen Verpflichtung nicht nachkommt, aus seinem Versprechen mit der actio empti auf das Interesse.[1])

   Verschweigen aber beide Teile, dass sie den Mangel kennen, so kommt nach Paulus[2]) überhaupt kein Vertrag zu stande: kein Teil kann auf Erfüllung klagen, da keiner sich auf den Dolus des andern berufen kann, ohne sich selbst des Dolus zu beschuldigen[3]) Es tritt Compensation des gegenseitigen Dolus ein.[4]) Von der actio empti als Haftungsklage kann also gar nicht die Rede sein.

2. Weiss keiner der beiden Kontrahenten, dass die Sache eine fremde sei, — und dies wird im geschäftlichen Verkehr die Regel sein — so kommt der entwickelte Grundsatz zur Anwendung, dass der Verkäufer für das habere licere einzustehen habe.

3. Kennt einer der beiden Kontrahenten den Mangel, so müssen wir ihn, wenn er seinem Gegner davon nicht Mitteilung macht, als bösgläubig betrachten. Paulus behandelt in der obigen Stelle auch die beiden sich hier ergebenden Möglichkeiten:

Von dem Falle, dass der Verkäufer wissentlich eine gestohlene Sache, die wir als eine Abart der fremden Sachen überhaupt betrachten müssen, verkauft, sagt er: quod si venditor scit, emptori ignoravit, utrimque obligatio contrahitur.

---

[1]) cf. analog fr. 41 pr. de contr. empt. 18,1

[2]) fr. 34 § 3 eod. tit. 18,1: si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur.

[3]) fr. 36 de dol. naal. 4,3: si duo dolo malo fecerint, in vicem de dolo non agent.

[4]) fr, 57 § 3 de contr. empt. 18,1

Der Vertrag ist also giltig. Beide Kontrahenten können auf Erfüllung klagen. Doch braucht der Käufer, wenn er vor Zahlung des Preises von dem Mangel Kunde erhält, nicht ohne weiteres zu erfüllen und sich so der Gefahr der Eviktion auszusetzen. Er kann den Einwand erheben, dass der Verkäufer, obwohl er den Mangel kannte, ihn dolos verschwiegen hat. Er kann deshalb den Kaufpreis zurückbehalten, bis ihm Sicherheit für den Fall der drohenden Entwehrung geleistet ist.[1]) Es ist klar, dass der Dolus des Verkäufers auch auf seine spätere Haftung von Einfluss sein muss. Der Käufer kann, wie fr 30 § 1 de act. 19,1 ergeben hat, seinen Regressanspruch mit der actio empti nicht erst nach erfolgter Entwehrung geltend machen, sondern sofort, nachdem er von dem nur mangelhaften Erwerb des Rechts Kenntnis erhalten hat. Der Grund dieser Haftung im Falle des Dolus des Verkäufers geht noch deutlicher hervor aus fr 11 § 15 i. f. eod. 19,1, wo der Jurist sagt: qui alienam sciens vendidit, dolo non caret et ideo empti judicio tenebitur.

Weiss dar Käufer allein, dass die Sache eine fremde ist, so gilt nach Paulus: si emptor solus scit rem furtivam esse non obligatur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur nisi ultro quod convenerit praestet. Die Wirksamkeit des Vertrages ist also abhängig von dem Willen des Verkäufers. Es liegt ein negotium claudicans vor. Klagt der Käufer auf Ueberlieferung der Sache, so kann der Verkäufer seine Klage mit der exceptio doli zurückweisen, weil die Annahme nicht abzuweisen ist, dass der Käufer den Vertrag nur eingegangen ist, um aus der wahrscheinlichen Eviktion einen Vorteil zu ziehen. Klagt aber der Verkäufer auf den Kaufpreis, ohne selbst erfüllt zu haben oder Erfüllung anzubieten, so kann der Käufer die exceptio non adimpleti contractus geltend machen. Er kann den Kaufpreis zurückbehalten, bis der Verkäufer sich seinerseits zur Leistung bereit erklärt. Die Verpflichtung des Verkäufers besteht aber nicht nur in der Uebergabe der Sache, sondern, da er nun von dem Mangel seines Rechtes Kenntnis erhält, geht sie auch auf

---

[1]) Diese Sätze sind m. E. zu entnehmen aus fr. 19 § 1 de per. et com. r. v. 18,6. wo sie ausgesprochen sind für den Fall, dass ante pretium solutum dominii quaestione mota.

Sicherung des Käufers wegen Eviktion. Verlangt aber der Verkäufer nach geschehener Tradition den Kaufpreis, so werden wir dem Käufer nicht das Recht geben, denselben wegen des rechtlichen Mangels zu retinieren. Müsste er sich doch, wenn er den Einwand erheben will, dass die Sache eine fremde sei, auf seinen dolus berufen, und giebt ihm doch der Umstand, dass die Sache eine fremde ist, überhaupt noch keinen Anspruch gegen den Verkäufer. Ist von beiden Seiten geleistet, und wird dann die Sache entwehrt, so fällt die Haftungspflicht des Verkäufers aus, es müsste denn etwa eine Haftung durch besondere Verabredung begründet worden sein.[1]) Denn mit dem Kauf einer fremden Sache hat sich der Käufer wissentlich der Gefahr der Eviktion ausgesetzt: er kauft nicht sowohl die Sache selbst, als vielmehr die mehr oder weniger sichere Aussicht, sie zu behalten. Stillschweigend verzichtet er gleichsam auf jeden Anspruch wegen Eviktion.

Diese Auffassung trägt auch zur Entscheidung der Frage bei, ob der Käufer wenigstens den Kaufpreis nach geschehener Eviktion zurückfordern könne. In der obigen Stelle heisst es: si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles nec quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Bezieht man den Relativsatz „quod eo nomine dedit“ auf das vorhergehende „de evictione,“ so müsste man sich der Meinung des Cujaz anschliessen, dass der Käufer nur das nicht zurückfordern könne, was er infolge der Eviktion an und für sich verloren habe, also die Prozesskosten, etwaige dem Eigentümer geleistete Litisaestimation u. a.[2]) Doch lässt sich diese Ansicht m. E. schon grammatikalisch nicht rechtfertigen: Der Satz „nec quicquam de evictione convenit“ ist als ein in Parenthese stehender zu betrachten, da für den Rechtssatz, der in dem Gesetze ausgesprochen werden soll, die Möglichkeit einer besonderen Verabredung behufs Aufhebung des Rechtssatzes selbst nur nebenher in Betracht kommt, um das Gesetz als ein dispositives zu charakterisieren. Beziehen wir daher das „eo nomine,“ wie es allein möglich ist, auf „fundum,“ so ist damit ausgesprochen, dass der Käufer auch nicht die Zurück-

[1]) c. 27 h. t. 8,44

[2]) ad cod. 27 de evict; a. M. Glück, a. a. O. Bd. XX S. 228 fg.

erstattung des Kaufpreises mit der actio empti fordern könne. Wenn nun für den obigen Standpunkt noch geltend gemacht wird, es entspreche nicht der Billigkeit, wenn der Verkäufer sich mit dem Kaufpreise bereichere, so kommt uns gegen diesen Einwand unsere Auffassung zu Hilfe, dass der Käufer gleichsam nur einen Hoffnungskauf abgeschlossen habe. Dieses Kaufgeschäft hat aber die Eigentümlichkeit, dass der Verkäufer den Kaufpreis auch zu beanspruchen hat und behält, wenn die Hoffnung des Käufers vollständig fehlschlägt.[1])

Es kann somit der Käufer, der wissentlich eine fremde Sache kauft, die actio empti nach Eintritt der Eviktion auch nicht einmal auf Zurückerstattung des Kaufpreises anstellen.

§ 11.

e. Umfang der Haftung aus der actio empti.

Wird der Verkäufer, der keine Stipulation in Bezug auf die Eviktionshaftung mit dem Käufer vereinbart hat, nach geschehener Eviktion mit der actio empti belangt, so haftet er für das Interesse, das der Käufer daran hatte, die Sache nicht zu verlieren.[2]) Doch ist die actio empti als Haftungsklage noch insoweit von der Eviktionsstipulation beeinflusst, als der Betrag des eingeklagten Interesses das Doppelte des Kaufpreises nicht übersteigen darf.[3]) Naturgemäss kann das Interesse im einzelnen Falle auch niedriger sein als der ursprüngliche Kaufpreis.[4])

Für die Berechnung des Interesses hält Windscheid die Zeit der Entwehrung für massgebend,[5]) Dernburg die Zeit des Urteils über die Regressklage.[6]) Die von beiden Seiten für ihre Ansicht angeführten Stellen sind m. E. nicht beweiskräftig.[7]) Es würde jedoch zu weit führen, auf diese Frage hier näher einzugehen. Für die Praxis ist wohl die Ansicht

---

[1]) cf. fr. 8 § 1 de contr. empt. 18,1

[2]) fr. 43 i. f. de act. empt. et vend. 19,1; fr. 8 h. t. 21,2; fr. 60 eod; c 23 h. t. 8,44

[3]) fr. 44 de act. empt. et vend. 19,1

[4]) fr. 45 pr. eod. tit 19,1; fr. 70 h. t. 21,2.

[5]) a. a. O. II. S. 433 u. A. 34

[6]) a. a. O. II. S. 272 u. A. 24

[7]) W. fr. 45 pr. de act. 19,1; fr. 66 § 2, fr. 70 h. t. 21,2 D: fr. 8 h. t. 21,2; c 25. 29 h. t. 8,44.

Windscheid's vorzuziehen. Verwendungen, die der Käufer auf die Sache gemacht hat, kann er als Interesse nur insoweit geltend machen, als sie der evinzierende Eigentümer ihm nicht hätte vergüten müssen, wenn er sie mit der exceptio doli im Eviktionsprozess geltend gemacht hätte. Hat jedoch der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, so wird seine Haftung wegen seines dolus auf alle Verwendungen erstreckt.[1])

Hat der Käufer in der Zwischenzeit von der Tradition bis zur Eviktion der Sache aus derselben Früchte gezogen, so kann der Verkäufer, soweit nicht der Eigentümer einen Anspruch darauf hat, den Wert dieser von der Eviktionsleistung abziehen.[2])

Wird nicht die ganze Sache, sondern nur ein Teil derselben oder ein Zubehör evinziert, so wird das Interesse danach bestimmt, was der Rest der Sache resp. die Hauptsache an Wert verloren hat.[3])

Auch die Kosten des Eviktionsprozesses werden in der Regel als Teil des Interesses beansprucht werden können.

§ 12.

f. Gründe der Nichthaftung.

Während sich oben gezeigt hat, dass infolge des dolus des Käufers bei Abschluss des Vertrages die Haftung cessieren kann, wollen wir uns nunmehr noch kurz mit den Gründen beschäftigen, welche eine Haftung wegen Eviktion bei jedem Verkauf einer fremden Sache aufheben können. Es sind ihrer zwei. Mit dem Kaufvertrage an sich stehen sie nur in loser Verbindung In dem einen Falle wird die Nichthaftung herbeigeführt durch eine Nebenverabredung der Kontrahenten, in dem andern durch eine dem Käufer zur Last fallenden Schuld.

1. Die Haftung des Verkäufers kann von den Parteien ausgeschlossen werden durch das sg. pactum de non praestanda evictione. Dieses pactum hat auch Giltigkeit in dem Falle, wo der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, wenn auch sein Erfolg hier weniger umfassend ist. Der gutgläubige Verkäufer ist auf Grund dieses pactum

[1]) fr. 45 § 1 de act. empt. 19,1
[2]) fr. 74 § 1 h. t. 21,2
[3]) fr. 1. 8. 45 h. 4. 21,2

dem Käufer, dem die Sache evinziert worden ist, zu nichts verpflichtet, auch nicht zur Zurückerstattung des Kaufpreises. Dieses Resultat erscheint manchen ungerecht, und sie wollen in fr 11 § 18 de act. 19,1 einen Beleg dafür finden, dass der Verkäufer wenigstens den Kaufpreis zurückgeben müsse. Doch m. E. hat die Ansicht derer bessere Gründe für sich, welche annehmen, dass Ulpian die abweichende Meinung Julians nur anführt, um sich im allgemeinen gegen eine Klage auf Zurückerstattung des Preises zu erklären und sie nur für den Fall zuzulassen, wo der Verkäufer die fremde Sache wissentlich verkauft hat.[1]) Würde trotz des Ausschlusses der Eviktionshaftung der Kaufpreis zurückzuerstatten sein, so könnte der Fall eintreten, dass, wenn das Eviktionsinteresse geringer ist als der ursprüngliche Kaufpreis, der Käufer trotz des pact. de non praest. evict. und trotz der bona fides seines Gegners einen grösseren Vorteil hätte, als wenn er die Gefahr der Eviktion nicht auf sich genommen hätte.

2. Die Haftung des Verkäufers kann trotz der Eviktion auch dann wegfallen, wenn der Käufer Schuld daran hat, dass die Sache entwehrt wurde, besonders wenn er die Ersitzungszeit hat vorübergehen lassen, ohne, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte, zu usucapieren, oder wenn er dem Eigentümer die Usucapionseinrede nicht entgegensetzt,[2]) ferner, wenn er es unterlassen hat, an den Verkäufer die Litisdenunziation ergehen zu lassen, oder wenn er in dem Eviktionsprozesse überhaupt nicht erschienen ist.[3])

Dass der Regressanspruch auch wegfällt, wenn der Käufer den Eviktionsprozess wegen der Ungerechtigkeit des urteilenden Richters verliert, bedarf kaum der Erwähnung.[4])

---

[1]) cf. Vangerow Pand. III. S. 323 A. 4. Westphal, Lehre d. gem. R. vom Kauf S. 266 fg.

[2]) fr. 56 § 3 h. t. 21,2; c 19 h. t. 8,44

[3]) c 8 h. t. 8,44

[4]) eod.

Thesen.

1. Die bedingte Verurteilung ist eine berechtigte Forderung der modernen Strafrechtspflege.
2. Servituten werden nach gemeinem Rechte durch blossen Vertrag bestellt.
3. Konkordate sind keine völkerrechtlichen Verträge.
4. Das ius variandi des Laienpatrons ist nicht auf eine einmalige Nachpräsentation beschränkt.
5. Schriftliche Handelsverträge können durch mündliche Vereinbarungen abgeändert werden.
6. Der Einkindschaftsvertrag hat gemeinrechtliche Geltung.

Lebenslauf.

Ich, Adolf Casper, Sohn des Lehrers a. D. Wolf Casper und seiner Ehefrau Bertha geb Asch, mosaischen Glaubens, bin am 31. Oktober 1872 zu Samotschin in der Provinz Posen geboren. Meine erste Schulbildung erhielt ich in meiner Vaterstadt und besuchte dann das Sophien-Gymnasium zu Berlin (1887—1892). Ostern 1892 bis Ostern 1895 studierte ich an der Berliner Universität Ich hörte die Vorlesungen der Herren Brunner, Dambach, Dernburg, Ebbinghaus, Eck, Hübler, Hübner, v. Gneist, † Kohler, Lasson, Pernice, Rubo †, Schmoller, Strassmann, v. Treitschke, Wagner, Zeller und nahm an den Seminarien bezw Praktika der Herren Berner, Biermann, Hübler, Jastrow, Pernice, Preuss, Rubo†, Sehring teil. Am 20 Mai 1895 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung beim kgl. Kammergericht; seit dem 12. Juni 1895 bin ich als Referendar im Justizdienst beschäftigt. Am 26 November 1895 legte ich das Examen rigorosum ab.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern, insbesondere dem Herrn Professor Pernice, in dessen Seminar ich die Anregung zur vorstehenden Arbeit erhalten habe, erlaube ich mir, an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.